Probleme bei der Wahl eines Betriebsrats, insbesondere bei der Wahl eines ersten Betriebsrats in einem neu errichteten Betrieb

DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines
Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

von

Christoph Schurig

1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547302_0033

Probleme bei der Wahl eines Betriebsrats, insbesondere bei der Wahl eines ersten Betriebsrats in einem neu errichteten Betrieb

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

von

Christoph Schurig

1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation: 29.11.1977
Dekan: Prof.Dr.D.Krauß
Erstberichterstatter: Prof.Dr.J.P.Bauer
Zweitberichterstatter: Prof.Dr.G.Lüke

Gliederung

Seite

Einleitung 1

Erster Abschnitt 3

A Voraussetzungen zur Wahl eines Betriebsrats 3

I Bestehen eines Betriebs 3

1) Definition des Betriebs 3
2) Abgrenzung zum Begriff des Unternehmens 4
3) Abgrenzung zum Begriff des Nebenbetriebs und des Betriebsteils 4
4) Zeitpunkt der Entstehung des Betriebs 6

II "In der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer" 9

1) Arbeitnehmer-Begriff 9
2) Wahlberechtigte Arbeitnehmer 9
3) Ständige Arbeitnehmer 10
4) In der Regel fünf Arbeitnehmer 12

III "Von denen drei wählbar sind" 14

B Wahl eines Wahlvorstands in einem neu errichteten Betrieb 16

I Einladung zur Wahlversammlung 16

1) Initiativrecht von drei Arbeitnehmern oder einer Gewerkschaft 16
2) Bestimmung des Datums der Versammlung 16
3) Bedenken gegen eine Betriebsversammlung kurz nach der Errichtung eines Betriebs 18

II Wahlversammlung während der Arbeitszeit 20

III Wahl des Wahlvorstands 20

C Vorbereitung und Durchführung der Betriebsratswahl 23

I Aufstellung der Wählerliste 23

1) Bedeutung der Wählerliste 23
2) Wahlrecht nicht ständiger Arbeitnehmer 24

Seite

a) Wahlberechtigung nicht ständiger Arbeitnehmer, speziell der Aushilfskräfte 24

aa) Übersicht über die verschiedenen Meinungen 24

bb) Schweigen des Gesetzes 25

cc) Wille des Gesetzgebers 28

dd) Ergebnis 31

b) Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer 32

aa) Schweigen des Gesetzes 32

bb) Meinung der Rechtsprechung und Literatur 32

cc) Eigene Bedenken bei bestimmten nicht ständigen Arbeitnehmern 33

dd) Ergebnis 37

3) Wahlrecht der Teilzeitbeschäftigten 38

a) Begriff der Teilzeitbeschäftigten 38

b) Wahlberechtigung der Teilzeitbeschäftigten 39

aa) Übersicht über die verschiedenen Meinungen 39

bb) Schweigen des Gesetzes 40

cc) Wille des Gesetzgebers 40

dd) Schutzbedürfnis der Teilzeitbeschäftigten 41

ee) Ergebnis 42

c) Wählbarkeit der Teilzeitbeschäftigten 42

4) Belegschaftszugehörigkeit als Voraussetzung des Wahlrechts 43

a) Normale Kriterien zur Bestimmung der Belegschaftszugehörigkeit 43

b) Schwierigkeiten, wenn Arbeitnehmer in einen Betrieb eingegliedert sind, sie aber einen Arbeitsvertrag nur mit dem Inhaber eines anderen Betriebs haben 45

aa) Leiharbeitnehmer im Sinne des AÜG 45

aaa) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Entleiherbetriebes 46

Seite

bbb) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Entleiherbetriebs 46

bb) Leiharbeitnehmer, die Dritten nicht gewerbsmäßig überlassen werden 48

aaa) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Verleiherbetriebs 49

bbb) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Entleiherbetriebs 51

cc) Leiharbeitnehmer, die an einen Entleiherbetrieb überlassen werden, der wirtschaftlicher unter derselben Leitung wie der Verleiherbetrieb steht 52

aaa) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Verleiherbetriebs 53

bbb) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Entleiherbetriebs 56

c) Ergebnis 56

II Erlaß des Wahlausschreibens 57

1) Feststellung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder 57

a) Unterstützung des Wahlvorstands durch den Arbeitgeber 58

b) Starkes Ansteigen der Zahl der in der Regel Beschäftigten nach der Betriebsratswahl 62

2) Verteilung der Betriebsratssitze auf die Gruppen 65

3) Durchführung von Abstimmungen gem. § 12 I und § 14 II 69

4) Errechnung der Mindestzahl der Arbeitnehmer, die Wahlvorschläge unterzeichnen müssen 70

a) Mitgliedschaft im Wahlvorstand und gleichzeitige Betriebsratskandidatur 71

aa) Fehlen einer gesetzlichen Regelung 71

bb) Wille des Gesetzgebers 71

cc) Allgemeine Grundsätze des Wahlrechts 73

Seite

dd) Lage der Kleinbetriebe 74
ee) Ergebnis 75
b) Unterzeichnung der Wahlvorschläge durch Mitglieder des Wahlvorstands 75
aa) Fehlen einer gesetzlichen Regelung 73
bb) Wille des Gesetzgebers 76
cc) Bedenken aus § 7 II 2 WO 77
dd) Lage der Kleinbetriebe 78
ee) Ergebnis 78
5) Sonstige Entscheidungen zur Vorbereitung des Wahlausschreibens 79
III Durchführung der Betriebsratswahl 79
D Schutz der Wahlbewerber und der Mitglieder des Wahlvorstands 82
I Zustimmung des Arbeitsgerichts, wenn der Arbeitgeber in einem Betrieb ohne Betriebsrat Wahlbewerbern oder Mitgliedern des Wahlvorstands aus wichtigem Grund kündigt 82
1) Schweigen des Gesetzes 82
2) Wille des Gesetzgebers 83
3) Gegenargumente 86
4) Zwischenergebnis 88
5) Wirksamkeit einer derartigen vor Rechtskraft der Zustimmung des Arbeitsgerichts ausgesprochenen Kündigung 88
6) Ergebnis 94
II Beginn des Kündigungsschutzes des § 15 III KSchG 95
1) ... bei Mitgliedern des Wahlvorstands 95
2) ... bei Wahlbewerbern 95
III Suspendierung und Hausverbot für Mitglieder des Wahlvorstands und Wahlbewerbern 99
1) Arbeitsvertragsrechtliche Gesichtspunkte 99
2) Betriebsverfassungsrechtliche Gesichtspunkte 100

Seite

a) Ansicht von Kraft 100

b) Eigene Ansicht 101

IV Verlegung von Mitgliedern des Wahlvorstands und Wahlbewerbern in einen anderen Betrieb 105

E Voraussetzungen zum Tätigwerden der Arbeitsgerichte im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl 107

I Normales Beschlußverfahren 107

II Einstweilige Verfügungen 114

III Ablösung einzelner Wahlvorstandsmitglieder 117

Zweiter Abschnitt 119

A Regelung der Angelegenheiten des § 87 und der §§ 99 ff vor der Konstituierung des Betriebsrats 119

I Alleinige Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers im Bereich des § 87 119

1) ... aufgrund seines Direktionsrechts 120

2) ... aufgrund des Sachzusammenhangs 121

3) Grenzen der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers im Bereich des § 87 124

II Alleinige Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers im Bereich der §§ 99 ff 126

B Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Verlegung eines Arbeitnehmers von einem Betrieb in einen anderen Betrieb, wenn der Arbeitnehmer dabei keinen neuen Arbeitsvertrag eingeht 127

I Beteiligung des Betriebsrats des Verleiherbetriebs 127

II Beteiligung des Betriebsrats des Entleiherbetriebs 131

III Beteiligung des Betriebsrats des Verleiherbetriebs bei der Rückverlegung des Arbeitnehmers in den Verleiherbetrieb 133

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AFG	Arbeitsförderungsgesetz vom 25.1.1969 (BGBl. I S. 582)
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S. 1089)
Anm.	Anmerkung
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und der Arbeitsgerichte
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des BAG
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz vom 3.9.1953 (BGBl. I S. 1267)
Art.	Artikel
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) vom 7.8.1972 (BGBl. I S. 1393)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
BBiG	Berufsbildungsgesetz vom 14.8.1969 (BGBl. I S.1112)
Beschl.	Beschluß
BetrVG 52	Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952 (BGBl. I S. 621)
BetrVG (1972)	Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972 (BGBl. I S. 17)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195)
BGBl.	Bundesgesetzblatt

BPersVG 55	Bundespersonalvertretungsgesetz vom 5.8.1955 (BGBl. I S. 477)
BPersVG 74	Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15.3.1974 (BGBl. I S. 693)
BRG	Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 (RGBl. I S. 147)
BT	Bundestag
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
dgl.	dergleichen
d.h.	das heißt
d. Verf.	der Verfasser
f, ff	folgende Seite(n)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.5.1898 (RGBl. S. 189)
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Halbb.	Halbband
h.M.	herrschende Meinung
i.a.	im allgemeinen
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 25.8.1969 (BGBl. I S. 1317)

LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	littera
MuSchG	Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz) vom 18.4.1968 (BGBl. I S. 315)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Woschenschrift
Nr.	Nummer
PersVG Berlin	Berliner Personalvertretungsgesetz vom 21.3.1957 (GVBl. S. 296)
PersVG Hamburg	Hamburgisches Personalvertretungsgesetz vom 18.10.1957 (GVBl. S. 473)
PersVG Niedersachsen	Personalvertretungsgesetz für das Land Niedersachsen vom 4.3.1961 (GVBl. S. 79)
PersVG Schleswig-Holstein	Gesetz über die Personalvertretungen in den öffentlichen Verwaltungen und Betrieben in Schleswig-Holstein von 23.11.1957 (GVBl. S. 157)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RGBl	Reichsgesetzblatt
S.	Seite
SchwBG	Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz) vom 29.4.1974 (BHBl. I S. 1006)
sog.	sogenannte
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
v.	vom
vgl.	vergleiche

VOBl.	Verordnungsblatt
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGBl. I S. 17)
WO (1972)	Erste Verordnung zur Durchführung des BetrVG (Wahlordnung 1972) vom 15.1.1972 (BGBl. I S. 49)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877 (RGBl. S. 83)
z.Z.	zur Zeit

AUFFARTH, Fritz — Arbeitsrechtblattei
Handbuch für die Praxis
Stuttgart

BECKER, Friedrich — Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Kommentar
Neuwied/Berlin 1973

BIRK, Rolf — Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht
Köln 1973

BITZER, Walter — Das Verfahren in Arbeitssachen
Köln 1956

BÖTTNER, Walter — Das Direktionsrecht des Arbeitgebers
Marburg 1971

BRECHT, Hans-Theo — Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung
Kommentar
Herne/Berlin 1972

DIETZ, Rolf — Selbständigkeit des Betriebsteils und des Nebenbetriebs
Festschrift für Arthur Nikisch
Tübingen 1958

DIETZ, Rolf — Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung
Kommentar
4. Auflage
München/Berlin 1967

DIETZ-NIKISCH	Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar München/Berlin 1954
DIETZ-RICHARDI	Betriebsverfassungsgesetz Kommentar 5. Auflage München 1973
DÜTZ, Wilhelm	Einstweiliger Rechts- und Interessenschutz in der Betriebsverfassung ZfA 72, 247 ff
END, Thomas	Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern Dissertation, Würzburg 1974
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN	Betriebsverfassungsgesetz Kommentar für die Praxis Neuwied und Berlin 1972
FABRICIUS-KRAFT-THIELE-WIESE	Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar Neuwied und Berlin
FITTING-AUFFARTH-KAISER	Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar 11. Auflage München 1974

FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH Betriebsverfassungsgesetz
mit Wahlordnung
Kommentar
9. Auflage
Berlin/Frankfurt 1970

FLATOW, KAHN-FREUND Betriebsrätegesetz
Kommentar
13. Auflage
Berlin 1931

FRAUENKRON, Karl-Peter Betriebsverfassungsgesetz
mit Wahlordnung
Kommentar
Stuttgart 1972

GALPERIN, Hans Das Weisungsrecht des
Arbeitgebers
DB 52, 186

GALPERIN-LÖWISCH Betriebsverfassungsgesetz
Kommentar
5. Auflage, Band 1
Heidelberg 1975

GALPERIN-SIEBERT Betriebsverfassungsgesetz
Kommentar
4. Auflage
Heidelberg 1963

GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER Betriebsverfassungsgesetz
Kommentar für die Praxis
Köln 1973

GRUNSKY, Wolfgang Arbeitsgerichtsgesetz
Kommentar
München 1976

HABERKORN, Kurt — Können Mitglieder des Wahlvorstands bei der Betriebsratswahl selbst wählen und gewählt werden? BB 68, 87 f

HESS, Hans Georg — Betriebsratswahlen 6. Auflage Heidelberg 1965

HUECK-HUECK — Kündigungsschutzgesetz Kommentar 9. Auflage München 1974

HUECK-NIPPERDEY — Lehrbuch des Arbeitsrechts 7. Auflage, Band 1 Berlin/Frankfurt 1963

HUECK-NIPPERDEY — Lehrbuch des Arbeitsrechts 7. Auflage, Band 2, 2. Halbband Berlin/Frankfurt 1970

JACOBI, Erwin — Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe Leipzig 1926

KÖST, Ewald — Das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen DB 54, Beilage Nr. 1

LEPKE, Achim — Zustimmung des Betriebsrats zu außerordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers in besonderen Fällen BB 73, 894

LÖWISCH, Manfred
Regelung sozialer Angelegenheiten in Betrieben ohne Betriebsrat
BB 61, 1200

MANSFELD, Werner
Betriebsrätegesetz
Kommentar
3. Auflage
Leipzig 1930

MAURER, Kurt
Betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit des Leiharbeitnehmers nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BB 74, 512

MUMOT, Ulrich
Die betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrechte bei der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern
Dissertation, Bonn 1975

NEUMANN-DUESBERG, Horst
Betriebsverfassungsgesetz
Lehrbuch
Berlin 1960

NEUMANN-DUESBERG, Horst
Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff BGB
JZ 52, 705

NIKISCH, Arthur
Arbeitsrecht
3. Auflage, Band 1
Tübingen 1961

NIKISCH, Arthur — Betriebsverfassungsrecht
2. Auflage, Band 3
Tübingen 1966

NIPPERDEY, Peter — Weiterbeschäftigung und Weiterbezahlung eines Betriebsratsmitglieds vor rechtskräftiger Ersetzung der Zustimmung zur Kündigung
DB 75, 1891

PALANDT — Bürgerliches Gesetzbuch
Kommentar
36. Auflage
München 1977

PREIS, Bernd — Individueller Wahlrechtsschutz gegen Entscheidungen des Wahlvorstands bei der Betriebsratswahl
AuR 73, 9

RICHARDI, Reinhard — Die Wahl des Betriebsrats
DB 72, 483

RICHARDI, Reinhard — Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats durch Beschluß des Arbeitsgerichts im Rahmen des § 103 BetrVG
RdA 75, 73

RICHARDI, Reinhard — Änderungskündigung bei Versetzung nach dem neuen Betriebsverfassungsrecht
DB 74, 1285

ROHLFING-REWOLLE — Arbeitsgerichtsgesetz
Kommentar
Frankfurt

ROHLFING-REWOLLE — Kündigungsschutzgesetz
Kommentar
einschließlich der 5. Ergänzung vom Oktober 76
Frankfurt

RUMPFF, Klaus — Die mitbestimmungsrechtliche Lage bei Verlegungen von Arbeitnehmern von einem Betrieb zu einem anderen Betrieb desselben Unternehmens
BB 73, 707

SANDMANN-VIELHABER — Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Kommentar
Frankfurt 1972

SCHAUB, Günther — Arbeitsrechtshandbuch
2. Auflage
München 1975

SCHLEßMANN, Karl — Einzelfragen zur Betriebsratswahl
DB 59, 320

SCHMIDT, Klaus-Jürgen — Einstweilige Maßnahmen im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren
Dissertation, Würzburg 1966

SCHNORR von CAROLSFELD, Ludwig — Arbeitsrecht
Lehrbuch
2. Auflage
Göttingen 1954

SCHRÖDER, Georg — Teilzeitbeschäftigung und Betriebsratswahl, RdA 69, 257

SCHUBEL-ENGELBRECHT — Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, Heidelberg 1973

SOERGEL-SIEBERT-SCHULZE-VON LASAULX — Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band 1, Stuttgart 1967

STAUDINGER-BRÄNDL-COING — Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11. Auflage, Band 1, Allgemeiner Teil, Berlin 1957

STEIN-JONAS — Zivilprozeßordnung, Kommentar, 19. Auflage, Tübingen 1975

WENZEL, Leonhard — Die Betriebsratswahl 1975, Hinweise für die Praxis, DB 75, Beilage Nr. 2

Einleitung

Vorschriften zur Betriebsratswahl finden sich im BetrVG 1972, insbesondere den §§ 7 - 20, sowie in der WO 1972. Diese Bestimmungen regeln das Wahlverfahren so weitgehend, daß das BAG sogar von einer "Formalisierung" des Wahlverfahrens spricht. [1]

Wie die große Zahl von Entscheidungen allein des BAG zu Fragen, die im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen stehen, beweist, treten bei Betriebsratswahlen aber trotzdem schwierige betriebesverfassungsrechtliche Probleme auf.

Zu den betriebsverfassungsrechtlichen Problemen, die auch bei dem gem. § 13 I [2] alle drei Jahre stattfindenden regelmäßigen Betriebsratswahlen entstehen, kommen andere betriebsverfassungsrechtliche Probleme hinzu, wenn in einem neu errichteten Betrieb zum ersten Mal ein Betriebsrat gewählt wird. Diese Probleme sind umso zahlreicher und schwieriger, je kürzer nach der Errichtung des Betriebs die Betriebsratswahl stattfinden soll.

Ziel dieser Arbeit ist die Darstellung und Lösung betriebsverfassungsrechtlicher Probleme, die sich bei der Wahl des ersten Betriebsrates in einem neu errichteten Betrieb ergeben. Dabei handelt es sich teilweise um Probleme, die nur bei einer solchen Betriebsratswahl auftreten können, zum größeren Teil jedoch um Probleme, die auch bei anderen Betriebsratswahlen entstehen können. Daher kann diese Arbeit auch für regelmäßige Betriebsratswahlen von Interesse sein.

---

1) BAG, Beschl.v. 12.10.76, DB 77, 356 = BB 77, 243

2) Im folgenden zitierte Paragraphen ohne nähere Angabe sind solche aus dem BetrVG 1972.

Zu Beginn beschäftigt sich die Arbeit mit den Voraussetzungen der Errichtung eines Betriebsrats sowie der Wahl des Wahlvorstandes. Sodann werden die Probleme des Wahlvorstandes bei der Vorbereitung der Wahl in der Reihenfolge und aus der Sicht dargestellt, wie sie sich für den Wahlvorstand stellen. Auf das Wahlrecht wird dabei schwerpunktmäßig eingegangen. Es schließt sich ein Kapitel über den Schutz der Wahlbewerber und der Mitglieder des Wahlvorstandes an. Am Schluß des ersten Abschnitts werden die Voraussetzungen zum Tätigwerden des Arbeitsgerichts im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl untersucht.

Im zweiten Abschnitt wird einmal diskutiert, wer über die in den §§ 87 und 99 ff aufgeführten Bereiche zu entscheiden hat, wenn in einem Betrieb (noch) kein Betriebsrat besteht. Danach wird die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Verlegung eines Arbeitnehmers in einen anderen Betrieb geprüft. Beide Fragen stellen sich bei der Wahl eines Betriebsrats zwar nicht unmittelbar. Sie stellen jedoch eine Ergänzung zweier im ersten Abschnitt angesprochener Probleme dar. Deshalb wurden sie - als Nachtrag - in diese Arbeit aufgenommen.

Erster Abschnitt

A Voraussetzungen zur Wahl eines Betriebsrats

I Bestehen eines Betriebs

Erste Voraussetzung zur Wahl eines Betriebsrats ist das Bestehen eines Betriebs (§ 1).

1) Definition des Betriebs

Das BetrVG gibt keine Definition des Betriebs, sondern setzt ihn als bekannt voraus. Ausgehend von einer grundlegenden Untersuchung von Jacobi [1] wird der Betrieb von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre definiert als "die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln, mit deren Hilfe ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt" [2].

Die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln wird durch den arbeitstechnischen Zweck bestimmt. Dieser ist der durch die Tätigkeit des Unternehmers - und seiner Mitarbeiter - u n m i t t e l b a r erstrebte Zweck [3]. Worin er besteht, ist gleichgültig, soweit er sich nicht - wie beim Haushalt - in der Konsumtion erschöpft [4]. Er kann also ebensogut im Verkauf von Waren wie in der Herstellung von Stahl wie in der Abwicklung der kaufmännischen Leitung liegen.

---

1) JACOBI, S. 4 ff

2) DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 57 m.w.N.;
vgl. auch FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 1 Anm. 13;
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 1 Anm. 2

3) DIETZ in Festschrift für A. NIKISCH, S. 26

4) DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 64, 65

In einem Betrieb können innerhalb seiner organisatorischen Einheit aber auch mehrere arbeitstechnische Zwecke gleichzeitig verfolgt werden, ohne daß dadurch der Betriebsbegriff gesprengt würde [1].

2) Abgrenzung zum Begriff des Unternehmens

Vom Betrieb zu unterscheiden ist das Unternehmen. Dabei handelt es sich um eine wirtschaftliche Einheit, mit der ein hinter dem arbeitstechnischen Zweck des Betriebes liegendes Ziel, regelmäßig ein wirtschaftlicher Zweck, erreicht werden soll [2].

3) Abgrenzung zum Begriff des Nebenbetriebs und des Betriebsteils

Vom Betrieb zu unterscheiden sind weiter Nebenbetriebe und Betriebsteile.

"Nebenbetriebe sind organisatorisch selbständige Betriebe, die unter eigener Leitung auch einen eigenen Betriebszweck verfolgen, jedoch in ihrer Aufgabenstellung immer auf eine Hilfeleistung für einen Hauptbetrieb ausgerichtet sind, also den dort erstrebten Betriebszweck unterstützen" [3] (z.B. eine Karosseriefabrik einer Autofirma). Haupt- und Nebenbetriebe müssen denselben Inhaber haben und demselben Unternehmen angehören.

Gem. § 4 S. 2 ist der Nebenbetrieb grundsätzlich betriebsverfassungsrechtlich selbständig. In ihm ist daher ein eigener Betriebsrat zu wählen. Nur

---

1) BRECHT, § 4 Anm. 3;
DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 53;
HUECK bei HUECK-NIPPERDEY I, 94 Fußn. 10

2) DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 49

3) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 4 Anm. 8 m.w.N.

wenn ein Nebenbetrieb die Voraussetzungen des § 1 nicht erfüllt, wird er dem Hauptbetrieb zugeordnet. In diesem Fall werden die Arbeitnehmer des Nebenbetriebs wie die des Hauptbetriebs behandelt.

"Betriebsteile sind räumlich und organisatorisch unterscheidbare Abteilungen von Betrieben, die aber ihrem Wesen nach an sich organisatorisch unselbständig sind und wegen ihrer Eingliederung in den Betrieb als solchen nicht allein bestehen können. Sie haben innerhalb des Betriebs eine bestimmte Aufgabe zu leisten, die sich zwar von der anderer Abteilungen erkennbar abzeichnet, die jedoch in ihrer Zielsetzung in aller Regel dem arbeitstechnischen Zweck des Gesamtbetriebes dient" [1] (z.B. die Lackiererei einer Automobilfabrik).

Gem. § 4 S. 1 gelten sie nur dann als selbständige Betriebe, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 erfüllen und räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind. Ist das nicht der Fall, nehmen die Arbeitnehmer des Betriebsteils an der Betriebsverfassung des Hauptbetriebs teil, d.h. sie wählen und sind wählbar für den Betriebsrat des Hauptbetriebs.

Bei der Auslegung des § 4 ist zu beachten, daß es nicht zu einem unfruchtbaren Nebeneinander mehrerer in ihren Aufgabenbereichen sich überschneidender Betriebsräte und damit zu einer unerquicklichen, mit dem Wohle der Arbeitnehmer nicht zu vereinbarenden Rivalität kommen darf [2]. Der Betriebsrat kann das ihm anvertraute Gesamtinteresse der Arbeitnehmer um so nachhaltiger vertreten, je

---

1) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 4 Anm. 2

2) BAG, Beschl. v. 23.9.60, DB 60, 1426

größer und einheitlicher er dem Arbeitgeber gegenübertreten kann. § 4 S. 1 ist deshalb eng auszulegen [1].

Der Begriff "räumlich weit entfernt" ist nicht allein unter dem Gesichtspunkt der objektiven Entfernung zu prüfen. Entscheidend ist, ob - z.B. wegen guter Verkehrsmöglichkeiten zwischen dem Hauptbetrieb und dem Betriebsteil - die Voraussetzungen dafür gegeben sind, daß der Betriebsrat des Hauptbetriebs trotz der gegebenen Entfernung die Arbeitnehmer im entfernt gelegenen Betriebsteil ordnungsgemäß betreuen kann [2].

Ist zweifelhaft, ob ein Nebenbetrieb oder Betriebsteil selbständig oder dem Hauptbetrieb zuzuordnen ist, so kann gem. § 18 II jederzeit (d.h. auch außerhalb des Wahlverfahrens) [3] eine Entscheidung des Arbeitsgerichts dazu beantragt werden [4].

4) Zeitpunkt der Entstehung des Betriebs

Ebenso wie das BetrVG keine Definition des Begriffs "Betrieb" gibt, sagt es auch nicht, wann ein Betrieb zu bestehen beginnt. Soweit ersichtlich findet sich auch in der neueren Rechtsprechung und Literatur nichts dazu.

---

1) BAG, Beschl. v. 24.2.76, DB 76, 1579

2) DIETZ-RICHARDI, § 4 Anm. 15;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 4 Anm. 5;
BAG, Beschl. v. 24.2.76, das eine "räumlich weite Entfernung" zwischen Kassel und Göttingen abgelehnt hat.

3) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 18 Anm. 25 m.w.N.

4) Zum Tätigwerden des Arbeitsgerichts vgl. im einzelnen unten E

Als das Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 noch galt, stellten JACOBI [1] und MANSFELD [2] auf den "Beginn der Verfolgung des technischen Betriebszwecks" ab. Die Definition FLATOW, KAHN-FREUNDS, der Betrieb bestehe von dem Augenblick an, in dem der sein Merkmal bildende technische Zweck anfängt verwirklicht zu werden [3], bedeutet inhaltlich das gleiche. Alle drei gingen von Definitionen des Begriffs "Betrieb" aus, die im wesentlichen heute noch gelten [4].

Da ihnen - soweit ersichtlich - weder früher widersprochen wurde noch heute widersprochen wird [5], kann dies als unstreitig angesehen werden. Daher wird im folgenden davon ausgegangen, daß der Betrieb mit dem Beginn der Verfolgung des (arbeits-) technischen Zwecks anfängt zu bestehen.

Sollen in einem Betrieb mehrere arbeitstechnische Zwecke nebeneinander verfolgt werden, so muß der Betrieb mit dem Beginn der Verfolgung des ersten dieser arbeitstechnischen Zwecke beginnen, denn schon bei der Verfolgung dieses arbeitstechnischen Zwecks bedient sich der Unternehmer der organisatorischen Einheit der Arbeitsmittel.

Mit dem Beginn der Verfolgung des arbeitstechnischen Zwecks kann nur die Verfolgung des eigent-

---

1) JACOBI, S. 13

2) MANSFELD, § 21 Anm. 2 I a

3) FLATOW, KAHN-FREUND, § 21 Anm. 3

4) Vgl. JACOBI, S. 9;
MANSFELD, § 9 Anm. 2;
FLATOW, KAHN-FREUND, § 9 Anm. 4

5) NEUMANN-DUESBERGS Bemerkung, "zum Beginn des Betriebs (z.B. Aufnahme der Produktion und dgl.) gebe es nichts Besonderes zu sagen", kann sogar als Zustimmung zu werten sein, vgl. NEUMANN-DUESBERG, 17. Kap. I 4.

lichen arbeitstechnischen Zwecks gemeint sein, d.h. des arbeitstechnischen Zwecks, um dessenwillen der Betrieb errichtet wurde (z.B. das Verkaufen der Ware im Kaufhaus). Denn die den eigentlichen Betriebszweck vorbereitenden Tätigkeiten werden nicht "in Verfolgung", sondern "in Vorbereitung" des eigentlichen arbeitstechnischen Zwecks durchgeführt. Noch deutlicher geht dies aus der Definition des Beginns des Betriebs von FLATOW, KAHN-FREUND [1] hervor, wenn dieser auf den Beginn der Verwirklichung des Merkmals abstellt, das den technischen Zweck des Betriebs bildet.

Die organisatorische Einheit der Arbeitsmittel muß bei Beginn der Verfolgung des arbeitstechnischen Zwecks schon vorhanden sein. Das ergibt sich einmal aus der Definition des Begriffs "Betrieb". "Mit Hilfe" der organisatorischen Einheit der Arbeitsmittel kann der arbeitstechnische Zweck nämlich nur dann verfolgt werden, wenn die organisatorische Einheit der Arbeitsmittel schon besteht. Daß die organisatorische Einheit der Arbeitsmittel bei Beginn der Verfolgung des arbeitstechnischen Zwecks vorhanden sein muß, ergibt sich außerdem aus der Definition des Beginns des Betriebs. Wenn dabei nur auf den Beginn der Verfolgung des arbeitstechnischen Zwecks abgestellt wird, während zum Betrieb neben der Verfolgung des arbeitstechnischen Zwecks doch auch die organisatorische Einheit der Arbeitsmittel gehört, so muß die organisatorische Einheit vor dem Beginn der Verfolgung des arbeitstechnischen Zwecks vorhanden sein.

Das bedeutet z.B. bei der Errichtung eines Kaufhausbetriebs, daß bei der Herstellung der organi-

---

1) FLATOW, KAHN-FREUND, § 9 Anm. 4

satorischen Einheit, wozu der Bau und die Ausstattung des Kaufhauses mit Waren sowie die Einstellung, Organisation und die Ausbildung der Belegschaft gehört, noch kein Betrieb besteht und daher auch noch kein Betriebsrat gewählt werden kann. Erst mit dem Beginn des Verkaufens der Ware bei der Eröffnung des Kaufhauses besteht der Betrieb. Erst dann kann also ein Betriebsrat gewählt werden.

II "In der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer"

Zweite Voraussetzung zur Wahl eines Betriebsrats in einem neu gegründeten Betrieb sind gem. § 1 "in der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer".

1) Arbeitnehmer-Begriff

Wer Arbeitnehmer ist, richtet sich nach dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Es scheiden daher alle Personen aus, die nach § 5 II nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes gelten. Auch die leitenden Angestellten sind gem. § 5 III keine Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes.

2) Wahlberechtigte Arbeitnehmer

Zur Frage der Wahlberechtigung hat sich der Gesetzgeber nur in § 7 geäußert. Danach sind alle Arbeitnehmer wahlberechtigt, die das 18. Lebensjahr vollendet haben [1].

---

1) Mehr zur Wahlberechtigung vgl. unten C I 2 - 4

3) Ständige Arbeitnehmer

Der Begriff "ständig" bezieht sich auf die zu erfüllende Arbeitsaufgabe, mit der ein Arbeitnehmer regelmäßig auf unbestimmte, stets aber auf längere Zeit beschäftigt wird [1]. Es ist daher nicht entscheidend, ob der einzelne Arbeitnehmer schon längere Zeit im Betrieb beschäftigt ist - auch ein neu Eingestellter kann ständig beschäftigter Arbeitnehmer sein -, sondern ob er wegen der ihm übertragenen Arbeitsaufgabe nicht nur vorübergehend dem Betrieb angehören soll [2]. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn sein Arbeitsvertrag eine längere Laufzeit hat (i.d.R. mindestens ein Jahr). Ist sein Arbeitsvertrag für unbestimmte Zeit geschlossen, spricht eine Vermutung dafür, daß der Arbeitnehmer dem Betrieb ständig angehören soll [3].

Diese Vermutung ist widerlegt, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer darüber einig sind, daß der Arbeitnehmer nur für eine "absehbare" [4] (oder "begrenzte" [5]) Zeit eingestellt ist, deren genauer Ablauf nur noch nicht feststeht. Das ist z.B. bei Saisonarbeitern [6] und typischen Aushilfskräften der

1) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 1 Anm. 58;
DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 110

2) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 1 Anm. 58;
DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 110.

3) RAG, ARS 4, 225

4) DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 111;
KRAFT in GK, § 1 Anm. 39

5) FITTING-AUFFARTH-KAISER, a.a.O.

6) Auch Saisonarbeiter gelten jedoch als ständige Arbeitnehmer, wenn der Betrieb selbst auf die Saison beschränkt ist und nach ihr endet (wohl einhellige Meinung), vgl. DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 111

Fall. Grundsätzlich kann man allerdings von einer Einstellung auf "absehbare" oder "begrenzte" Zeit dann nicht mehr sprechen, wenn die Einstellung für ein halbes Jahr oder länger beabsichtigt ist. Denn einmal würde das leicht zu einer Rechtsunsicherheit schaffenden Aushöhlung der Vermutung führen, daß Arbeitnehmer, deren Arbeitsvertrag für unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde, ständige Arbeitnehmer sind. Zum anderen genießt der Arbeitnehmer nach dem halben Jahr den Kündigungsschutz des KSchG, und dies wird häufig zu einer nicht mehr "absehbaren" oder "begrenzten" Dauer des Arbeitsverhältnisses führen. Die Vermutung, daß Arbeitnehmer mit unbefristeten Arbeitsverträgen dem Betrieb ständig angehören sollen, ist daher bei Arbeitnehmern, die nur für "absehbare" oder "begrenzte" Zeit eingestellt sind, grundsätzlich nur dann widerlegt, wenn die Einstellung für weniger als sechs Monate erfolgen soll.

Auch bei der Vereinbarung einer Probezeit handelt es sich grundsätzlich um ein dauerndes Arbeitsverhältnis, da die Parteien ein dauerndes Arbeitsverhältnis begründen wollen und nur für eine bestimmte Anlaufzeit erleichterte Lösungsmöglichkeiten vorsehen [1]. Da zu Beginn eines längeren Arbeitsverhältnisses oft ein Probearbeitsverhältnis vereinbart wird, könnte die gegenteilige Ansicht in neu errichteten Betrieben zudem zu einem Hinausschieben der sonst eher möglichen Wahl des ersten Betriebsrats führen.

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 111;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 1 Anm. 58;
KRAFT in GK, § 1 Anm. 39;
a.A.: ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 1 Anm. 11;
GALPERIN-LÖWISCH, § 1 Anm. 33

4) In der Regel fünf Arbeitnehmer

Maßgebend ist die Zahl der "in der Regel" beschäftigten ständigen Arbeitnehmer, d.h. es ist von einem in einem regelmäßigen Gang befindlichen Betrieb auszugehen [1]. Auf die nur vorübergehende Zahl der Beschäftigten ist nicht abzustellen. Die Durchschnittszahl der Jahresbelegschaft ist ebenfalls nicht entscheidend [2].

Befindet sich der Betrieb in einem regelmäßigen Gang, ist zu vermuten, daß die Zahl der z.Z. der Einleitung der Betriebsratswahl im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer mit der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer übereinstimmt.

Andernfalls ist mit einem Rückblick auf die vergangene Lage, aber auch unter Einschätzung der zukünftigen Entwicklung des Betriebs festzustellen, wieviel Arbeitnehmer i.a. im Betrieb beschäftigt werden [3]. Indizien für die zukünftige personelle Entwicklung eines Betriebs können u.a. einerseits beim Arbeitsamt gemeldete offene Stellen sowie Anzeigen sein, in denen der Arbeitgeber neue Arbeitnehmer für den Betrieb sucht, andererseits aber auch Kündigungen sowie auslaufende befristete Arbeitsverhältnisse, die voraussichtlich nicht fortgesetzt werden. Besonders in neu errichteten Betrieben kann man zur Feststellung der Zahl der Regelbeschäftigten stattdessen oft einen Stellen-(Personal-)Bedarfsplan zugrundelegen.

---

1) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 1 Anm. 55

2) DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 116;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 1 Anm. 55;
GALPERIN-LÖWISCH, § 1 Anm. 31

3) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 1 Anm. 55;
GALPERIN-LÖWISCH, § 1 Anm. 31

Ist die Zahl der ständig beschäftigten Arbeitnehmer z.Z. der Einleitung der Betriebsratswahl [1] nur vorübergehend geringer als fünf, hindert das die Betriebsratswahl nicht [2]. Wenn in einem neu errichteten Betrieb später in der Regel mindestens fünf Arbeitnehmer ständig beschäftigt sein werden, kann deshalb die Betriebsratswahl u.U. auch schon dann eingeleitet werden, wenn noch keine fünf Arbeitnehmer dort ständig beschäftigt sind.

Hierbei wird von der Ausnahme, daß bei der Einleitung der Betriebsratswahl die Zahl der ständig beschäftigten Arbeitnehmer geringer als fünf ist, eine weitere Ausnahme gemacht, indem man den "regelmäßigen" Gang des Betriebs nur zukünftig, nicht auch rückschauend beurteilt. Man wird deshalb nur unter engen Voraussetzungen zu einer Regelbeschäftigung von mindestens fünf ständigen Arbeitnehmern kommen, wenn diese Zahl in einem neu errichteten Betrieb z.Z. der Einleitung der Betriebsratswahl noch nicht erreicht ist. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die tatsächliche Beschäftigung von mindestens fünf ständigen Arbeitnehmern bis zum Tag der Betriebsratswahl durch Tatsachen hinreichend gesichert erscheint. Das

---

1) Mindestens ungenau KRAFT in GK, § 1 Anm. 43, der nicht auf die Zeit der E i n l e i t u n g der Betriebsratswahl, sondern auf die Zeit der Betriebsratswahl abstellt. Daß die Zeit der Einleitung, nicht der Abstimmung maßgeblich ist, ergibt sich aus folgender Überlegung: Die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder ist nach § 3 II Ziff. 4 WO im Wahlausschreiben anzugeben. Daraus folgt, daß der Wahlvorstand die Zahl der i.d.R. ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmer festzustellen hat. Daraus muß weiter gefolgert werden, daß als maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Tag des Erlasses des Wahlausschreibens, d.h. die Einleitung der Wahl anzunehmen ist.

2) GALPERIN-LÖWISCH, § 1 Anm. 31

ist insbesondere dann der Fall, wenn die entsprechende Zahl von Arbeitsplätzen im Betrieb schon zur Verfügung steht und der Arbeitgeber sich schon um ständige Arbeitnehmer dafür bemüht.

Wird entgegen dieser durch Tatsachen gesicherten Erwartung bei Einleitung der Wahl die Zahl von mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern bis zum Wahltag nicht erreicht, hindert das die Durchführung der Betriebsratswahl nicht. Voraussetzung ist allerdings, daß am Wahltag die tatsächliche Beschäftigung von mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern in allernächster Zeit durch Tatsachen immer noch hinreichend gesichert erscheint. Sobald nach der Wahl nicht mehr davon ausgegangen werden kann, daß die Zahl der ständig beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer mindestens 5 beträgt, endet das Amt des Betriebsobmanns [1].

III "Von denen drei wählbar sind"

Dritte Voraussetzung zur Wahl eines Betriebsrates in einem neu errichteten Betrieb sind gem. § 1 drei wählbare Arbeitnehmer aus der Gruppe der in der Regel fünf ständigen Wahlberechtigten. Dieses Erfordernis soll auch in Kleinbetrieben die Möglichkeit für eine wirkliche Auswahl sichern [2]. In Verfolgung dieses gesetzgeberischen Ziels wird man aber nicht so weit gehen dürfen zu fordern, daß auch alle drei dieser Arbeitnehmer bereit sind,

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 21 Anm. 17 m.w.N.

2) DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 119

die Wahl anzunehmen [1]. Denn das würde die ohnehin schon nicht einfache Wahl eines Betriebsrats noch weiter erschweren. Auch gibt es dafür im Gesetz keine Grundlage.

Welche Arbeitnehmer wählbar sind, wird in § 8 definiert. Für die Betriebsratswahl in neu errichteten Betrieben ist besonders § 8 II interessant. Danach entfällt bei Betrieben, die weniger als sechs Monate bestehen, das Erfordernis der sechsmonatigen Betriebszugehörigkeit. In diesen Betrieben sind Arbeitnehmer s c h o n dann wählbar, wenn sie bei der Einleitung der Betriebsratswahl im Betrieb beschäftigt sind.

Wegen des Wortlauts des § 8 II sind Arbeitnehmer aber auch e r s t dann wählbar, wenn sie spätestens bei der Einleitung der Betriebsratswahl im Betrieb beschäftigt sind. Deshalb erübrigen sich alle Überlegungen, ob die in § 1 geforderte Mindestzahl der drei wählbaren Arbeitnehmer aus der Gruppe der in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmer - wie die Mindestzahl dieser Gruppe selbst - erst nach der Einleitung der Betriebsratswahl zustandekommen kann. Da die Gruppe der in der Regel fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmer gem. § 1 drei wählbare Arbeitnehmer haben muß, muß diese Gruppe z.Z. der Einleitung der Betriebsratswahl daher auch schon tatsächlich aus mindestens drei Arbeitnehmern bestehen.

---

1) Ebenso ausdrücklich GALPERIN-LÖWISCH, § 1 Anm. 35

B Wahl eines Wahlvorstands in einem neu errichteten Betrieb

I Einladung zur Wahlversammlung

Nachdem geprüft wurde, von wann an ein betriebsratsfähiger Betrieb besteht, werden im folgenden die Probleme behandelt, die bei der Durchführung der Betriebsversammlung auftreten können, in der ein Wahlvorstand gewählt wird (§ 17 I, II).

1) Initiativrecht von drei Arbeitnehmern oder einer Gewerkschaft

Einladende sind entweder drei wahlberechtigte Arbeitnehmer oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Im Betrieb vertreten ist jede Gewerkschaft, die einen Arbeitnehmer des Betriebs zu ihren Mitgliedern zählt [1]. Mit der Einladung können Vorschläge für die Zusammensetzung des Wahlvorstands gemacht werden (§§ 17 I i.V.m. 16 I).

2) Bestimmung des Datums der Versammlung

Zur Einladung zur Betriebsversammlung gehört die Benennung von Zeit und Ort der Versammlung. Im BetrVG findet sich keine Regelung, wer den Zeitpunkt einer in § 17 bezeichneten Betriebsversammlung festlegt (eine Betriebsversammlung, in der der Wahlvorstand gewählt werden soll). Es wird lediglich in § 44 I bestimmt, daß solche Betriebsversammlungen während der Arbeitszeit stattfinden, "soweit nicht die Eigenart des Betriebs eine andere Regelung zwingend erfordert".

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 21

Sofern eine Betriebsversammlung von einem Betriebsrat einberufen wird (wie im Fall des § 43), bestimmt der Betriebsrat auch den Zeitpunkt ihrer Durchführung. Entsprechend dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit muß der Betriebsrat allerdings versuchen, mit dem Arbeitgeber zu einem Einverständnis zu kommen, damit dieser die erforderlichen betrieblichen Dispositionen treffen kann, vor allem damit ein möglichst geringer Ausfall an Arbeitszeit eintritt. Kommt es zu keiner Einigung, setzt der Betriebsrat - unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Betriebs - den Zeitpunkt der Versammlung fest. Darüber besteht Einigkeit [1].

Soweit ersichtlich wird in der Literatur aber nicht gesagt, wer den Zeitpunkt einer in § 17 bezeichneten Betriebsversammlung festlegt. Aus diesem Schweigen der Literatur kann jedoch entnommen werden, daß keine Bedenken dagegen bestehen, die Festlegung des Zeitpunktes der Versammlung den Einladenden zu überlassen. Denn die Festlegung des Zeitpunktes durch die einladenden Arbeitnehmer oder die einladende Gewerkschaft entspricht der Festlegung des Zeitpunktes durch den einladenden Betriebsrat und ist daher naheliegend. Dabei dürfen die einladenden Arbeitnehmer oder die einladende Gewerkschaft allerdings ebensowenig willkürlich handeln wie der einladende Betriebsrat, sondern müssen die betrieblichen Belange berücksichtigen. Falls sie dies nicht tun, kann der festgelegte Zeitpunkt gegebenenfalls vom Arbeitsgericht durch einstweilige Verfügung aufgehoben

---

1) Vgl. DIETZ-RICHARDI, § 44 Anm. 9;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 44 Anm. 6;
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 44 Anm. 3

werden [1]. Insbesondere auch wegen dieser "Notbremse" des Arbeitgebers begegnet es keinen Bedenken, die Festlegung des Zeitpunktes der Betriebsversammlung den Einladenden zu überlassen.

3) Bedenken gegen eine Betriebsversammlung kurz nach der Errichtung eines Betriebs

Wie oben ausgeführt, müssen die Einladenden bei der Festlegung des Zeitpunktes der in § 17 bezeichneten Betriebsversammlung die betrieblichen Belange berücksichtigen, damit ein möglichst geringer Ausfall an Arbeitszeit eintritt. Zu prüfen ist, ob sich darüberhinaus aus dem BetrVG direkt oder indirekt ergibt, daß zu einer in § 17 bezeichneten Betriebsversammlung grundsätzlich oder in besonderen Fällen nicht schon unmittelbar nach der Errichtung des betriebsratsfähigen Betriebs, sondern möglicherweise erst dann eingeladen werden kann, wenn der betriebliche Arbeitsablauf sich "normalisiert" hat. Dieser Zeitpunkt wäre z.B.bei einem Kaufhaus erst einige Wochen nach der Eröffnung erreicht, wenn die Arbeitnehmer,die mit befristeten Arbeitsverträgen nur zur Überbrückung der Anfangsschwierigkeiten eingestellt worden waren, den Betrieb wieder verlassen haben und die ständigen Arbeitnehmer sich eingearbeitet haben.

Direkt sagt das BetrVG nichts gegen eine in § 17 bezeichnete Betriebsversammlung unmittelbar nach der Errichtung des betriebsratsfähigen Betriebs. Dabei hätte es das leicht tun können, etwa durch

---

1) LAG Düsseldorf, Beschl. v. 24.10.72, DB 72, 2212; FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 44 Anm. 6 GALPERIN-LÖWISCH, § 44 Anm. 9

eine Bestimmung, wonach eine in § 17 bezeichnete Betriebsversammlung frühestens drei Monate nach der Errichtung eines betriebsratsfähigen Betriebs durchgeführt werden darf. Aus der Formulierung des § 1, " ... werden Betriebsräte gewählt", ist sogar zu entnehmen, daß das Gesetz davon ausgeht, den Betriebsrat und daher notwendigerweise auch den Wahlvorstand so bald wie möglich zu wählen. Aus dem Gesetzestext ergeben sich keine Anzeichen dafür, daß das bei neu errichteten betriebsratsfähigen Betrieben nicht gelten soll.

Gegen eine in § 17 bezeichnete Betriebsversammlung unmittelbar nach der Errichtung eines betriebsratsfähigen Betriebs könnten jedoch auch aus der Ratio des BetrVG Bedenken bestehen. Insbesondere dann, wenn die ganze Belegschaft gleichzeitig oder innerhalb kurzer Zeit eingestellt wurde, müßten die Arbeitnehmer auf der unmittelbar nach der Errichtung des Betriebs durchgeführten Betriebsversammlung ihnen kaum bekannte und nicht "betriebskundige" Kollegen in den Wahlvorstand wählen.

Zwar ist dies grundsätzlich nicht wünschenswert. Zu bedenken ist jedoch folgendes: Spätestens auf der Betriebsversammlung selbst haben die Wahlvorstandsmitglieder Gelegenheit, sich der Belegschaft vorzustellen. Die Belegschaft wählt daher nicht gänzlich Unbekannte in den Wahlvorstand. Die Aufgabe des Wahlvorstands beschränkt sich auf die Vorbereitung und die Durchführung der Betriebsratswahl. Die dazu erforderliche "Betriebskundigkeit", vor allem die Angaben über die Belegschaft, hat ihm der Arbeitgeber zu vermitteln (§ 2 II WO). Eine darüberhinausgehende "Betriebskundigkeit" braucht der Wahlvorstand nicht zu haben.

Insoweit bestehen also keine Bedenken gegen die Wahl des Wahlvorstandes unmittelbar nach der Errichtung des betriebsratsfähigen Betriebs.

Andere Bedenken dagegen sind nicht ersichtlich.

Es ist somit festzustellen, daß die in § 17 bezeichnete Betriebsversammlung grundsätzlich schon unmittelbar nach der Errichtung eines betriebsratsfähigen Betriebs durchgeführt werden kann.

II Wahlversammlung während der Arbeitszeit

Wie schon erwähnt, findet die in § 17 bezeichnete Betriebsversammlung gem. § 44 I "während der Arbeitszeit statt, soweit nicht die Eigenart eines Betriebs eine andere Regelung zwingend erfordert". Bei neu errichteten Betrieben gibt es insoweit gegenüber einer regelmäßigen Betriebsversammlung gem. § 43 keine besonderen Probleme. Zu der allgemeinen Problematik dieser Bestimmung kann auf die einschlägigen Kommentare und die neuere Rechtsprechung [1] verwiesen werden.

III Wahl des Wahlvorstands

Die Betriebsversammlung wird von einem der Einladenden eröffnet, der zunächst die Wahl eines Arbeitnehmers des Betriebs zum Versammlungsleiter veranlaßt; für die Wahl des Versammlungsleiters

---

1) Insbesondere BAG, Beschl. v. 9.3.76, BB 76, 977

genügt die relative Mehrheit [1].

Anschließend wird gem. § 17 I mit der "Mehrheit der anwesenden Arbeitnehmer" der Wahlvorstand (genauer: jeder der in den Wahlvorstand zu wählenden Arbeitnehmer) gewählt; stimmberechtigt sind somit alle Arbeitnehmer im Sinne des § 5 ohne Rücksicht auf ihre Wahlberechtigung [2].

Gewählt sind grundsätzlich die Bewerber, die die meisten Stimmen auf sich vereinigt haben. Wenn im Betrieb Arbeiter und Angestellte tätig sind, müssen beide Gruppen im Wahlvorstand vertreten sein (§ 17 I 2 i.V.m. § 16 I 5). In diesem Fall ist abweichend vom reinen Mehrheitsprinzip als Vertreter der Minderheitsgruppe derjenige gewählt, der unter den Bewerbern dieser Gruppe die meisten Stimmen erhalten hat, ohne Rücksicht darauf, ob die auf ihn entfallenden Stimmen geringer sind als die eines Kandidaten der Mehrheitsgruppe.

Eine förmliche geheime Wahl ist nicht erforderlich, sofern nach dem Verlauf der Betriebsversammlung zweifelsfrei feststeht, wer gewählt ist [3].

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 17 Anm. 18;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 17 Anm. 12;
GALPERIN-LÖWISCH, § 17 Anm. 9;
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 17 Anm. 3;
Vgl. auch THIELE in GK, § 17 Anm. 10

2) einhellige Meinung, vgl.:
DIETZ-Richardi, § 17 Anm. 13ff;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 17 Anm. 15;
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 17 Anm. 3;
GALPERIN-LÖWISCH, § 17 Anm. 10;
THIELE in GK, § 17 Anm. 11, 12

3) BAG, AP Nr. 5 zu § 16 BetrVG 52, Leitsatz 7

Findet trotz Einladung keine Betriebsversammlung statt oder wählt die Betriebsversammlung keinen Wahlvorstand, so bestellt ihn das Arbeitsgericht gem. § 17 III auf Antrag von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft.

C Vorbereitung und Durchführung der Betriebsratswahl

Der so bestellte Betriebsrat hat die Wahl unverzüglich einzuleiten (§ 18 I).

Zunächst hat er zu entscheiden, ob er sich eine schriftliche Geschäftsordnung geben und ob er Wahlhelfer bestellen will (I 1 II WO). Letzteres kommt hauptsächlich in Großbetrieben in Betracht, in denen in mehreren Wahllokalen abgestimmt werden muß [1].

I Aufstellung der Wählerliste

Danach hat der Wahlvorstand eine Liste der Wahlberechtigten (Wählerliste) entsprechend § 2 WO aufzustellen. Zu diesem Zweck hat der Arbeitgeber gem. § 2 II WO dem Wahlvorstand alle für die Anfertigung der Wählerliste erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

1) Bedeutung der Wählerliste

Der Wählerliste kommt eine erhebliche Bedeutung zu, da das aktive und passive Wahlrecht gem. § 2 III WO nur Arbeitnehmern zusteht, die in die Wählerliste eingetragen sind. Bei Eintritt neuer Arbeitnehmer in den Betrieb ist sie auf Beschluß des Wahlvorstandes bis zum Tag vor dem Beginn der Stimmabgabe zu ergänzen (§ 4 III 2 WO). Die Eintragung in die Wählerliste ist allerdings nur formelle Voraussetzung für die Ausübung des aktiven und

---

1) WENZEL, DB 75, Beilage Nr. 2/75, S. 9

passiven Wahlrechts. Wenn ihre materiellen Voraussetzungen nicht vorliegen, begründet sie das aktive und passive Wahlrecht nicht [1].

Die Wahlberechtigung (= das aktive Wahlrecht) und die Wählbarkeit (= das passive Wahlrecht) sind - wie oben erwähnt [2] - in den §§ 7 und 8 geregelt. Trotz dieser an sich klaren Vorschriften können sich in besonderen Fällen Schwierigkeiten bei der Frage ergeben, ob bestimmte Arbeitnehmer wahlberechtigt und wählbar sind. Im folgenden soll das Wahlrecht von drei Gruppen von Arbeitnehmern untersucht werden, das gerade bei Betriebsratswahlen in neu errichteten Betrieben häufig unklar ist.

2) Wahlrecht nicht ständiger Arbeitnehmer

Erörtert wird zunächst die Wahlberechtigung und die Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer.

a) Wahlberechtigung nicht ständiger Arbeitnehmer, speziell der Aushilfskräfte

aa) Übersicht über die verschiedenen Meinungen

Die Wahlberechtigung nicht ständiger Arbeitnehmer wird grundsätzlich von allen Seiten bejaht. Darüber allerdings, ob auch Aushilfskräfte wahlberechtigt sind, gehen die Meinungen auseinander. Während die h.M. [3] jede Aushilfskraft, die am Tage der Betriebs-

---

1) FITTING-AUFFARTH-KAISER, Anhang § 2 WO Anm. 6

2) Vgl. oben A II 2, A III

3) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 7 Anm. 7;
DIETZ-RICHARDI, § 7 Anm. 13;
GALPERIN-SIEBERT, § 6 Anm. 6;
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 7 Anm. 3;
NIKISCH III, S. 77;
NIPPERDEY in HUECK-NIPPERDEY II, 2. Halbb.,S.1131;
BAG, ARS 13, 428
BRECHT, § 7 Anm. 5

ratswahl im Betrieb beschäftigt ist, für wahlberechtigt hält, gestehen GALPERIN-LÖWISCH [1] und SCHLESSMANN [2] den Arbeitnehmern, die zwar am Wahltag im Betrieb beschäftigt sind, bei denen es sich aber nur um in Notfällen kurzfristig eingesprungene oder nur zur Aushilfe eingestellte Arbeitnehmer handelt, das Wahlrecht nicht zu. GALPERIN-LÖWISCH begründen das damit, daß in solchen Fällen von echter Zugehörigkeit zum Betrieb nicht gesprochen werden könne. HESS [3] geht in der Beschränkung des Wahlrechts nicht ständiger Arbeitnehmer sogar so weit, nur den Arbeitnehmern das Wahlrecht zu geben, die sozialversicherungspflichtig sind.

bb) Schweigen des Gesetzes

Zur Lösung dieses Problems ist zunächst auf den Wortlaut des BetrVG abzustellen.

Nach § 7 sind wahlberechtigt alle "Arbeitnehmer", die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Dabei ergibt sich der Begriff "Arbeitnehmer" aus § 5 I dahin, daß Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten sind. Eingeschränkt wird dieser Begriff durch die Personengruppe des § 5 II, die nicht Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG sind. Die Gruppe der Aushilfskräfte gehört nicht zu diesen Personengruppen. Da die Aushilfskräfte im Zweifel auch keine "leitenden Angestellten" im Sinne des § 5 III sind, sind sie Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG und der dort über das Wahlrecht zum Betriebsrat getroffenen Bestimmungen.

---

1) GALPERIN-LÖWISCH, § 7 Anm. 8

2) SCHLESSMANN, DB 59, 321

3) HESS, S. 16

Auch § 6 ändert hieran nichts. Dort wird zwar auf arbeiterrentenversicherungspflichtige (Abs. 1) und angestelltenversicherungspflichtige (Abs. 2) Beschäftigte abgestellt. Diese Unterscheidungen sollen auch dann gelten, wenn der einzelne Beschäftigte aus besonderen Gründen nicht versicherungspflichtig ist. Ein solcher Grund kann auch darin bestehen, daß der Beschäftigte nach dem zeitlichen Umfang oder der Höhe seiner Bezüge nicht versicherungspflichtig ist. § 6 dient aber nur der Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten wie sie für die Gruppenbestimmung im Sinne des § 10 relevant ist. Zur Frage, wer Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG ist, sagt § 6 dagegen nichts [1]. Aus § 6 kann also insbesondere nicht abgeleitet werden, daß Personen, die wegen des zeitlichen Umfangs ihrer Tätigkeit oder der Höhe ihrer aus dem Arbeitsverhältnis erzielten Bezüge nicht versicherungspflichtig bei der Arbeiterrenten- oder der Angestelltenversicherung sind, nicht Arbeitnehmer im Sinne des § 5 und damit auch im Sinne des § 7 sind. Die Ansicht von HESS kann also jedenfalls nicht auf den Wortlaut des BetrVG gestützt werden. Nach dem Wortlaut des BetrVG ist vielmehr jede Aushilfskraft wahlberechtigt, auch wenn sie nur am Wahltag selbst Arbeitnehmerin des Betriebs ist. Auch aus dem Wortlaut der WO 72 ergeben sich keine Bedenken gegen die Wahlberechtigung der Aushilfskräfte.

Aushilfskräfte, die nur am Wahltag (den Wahltagen) selbst im Betrieb beschäftigt sind, sind allerdings durch die WO gehindert, ihr Wahlrecht auszuüben. Das liegt darin, daß die Eintragung in die Wählerliste gem. § 2 III WO Voraussetzung für die Ausübung

---

1) BAG, AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 52

des Wahlrechts ist, die Wählerliste aber nur bis zum Tag vor dem ersten Tag der Stimmabgabe ergänzt wird (§ 4 III 2 WO).

Durch diese Regelung wird § 7 eingeschränkt. Die Rechtmäßigkeit dieser Einschränkung könnte zu Bedenken Anlaß geben, da sie sich aus der WO ergibt, die als Durchführungsverordnung im Rang unter dem BetrVG steht. Als Durchführungsverordnung darf die WO daher keine von den §§ 7 - 20 abweichende Regelung treffen [1].

Zu beachten ist jedoch folgendes: Die Wahlberechtigung kann aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit nur in einem geordneten Wahlverfahren ausgeübt werden. Zur Regelung eines solchen Wahlverfahrens mittels einer WO hat der Gesetzgeber des BetrVG 72 in § 126 den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung ermächtigt. Dabei hat der Gesetzgeber ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die WO Bestimmungen über die Aufstellung einer Wählerliste enthalten sollte (§ 126 Ziff. 1). Die Wählerliste kann das Wahlverfahren aber nur dann entsprechend den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ordnen, wenn sie spätestens am Abend vor dem ersten Tag der Stimmabgabe endgültig ausweist, welche Arbeitnehmer wahlberechtigt sind.

Die aus § 2 III i.V.m. § 4 III 2 WO herzuleitende Einschränkung der Ausübung der Wahlberechtigung des § 7 liegt daher im Sinne des Gesetzgebers des BetrVG 72. Sie stellt somit keine von § 7 abweichen-

---

1) DIETZ-RICHARDI, Vorbem. zur WO;
THIELE in GK, Anm. 1 vor § 1 WO 72;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 126 Anm. 2

de, sondern eine § 7 ergänzende (konkretisierende) Regelung dar.

cc) Wille des Gesetzgebers

Daraus, daß das Gesetz der Wahlberechtigung der Aushilfskräfte nicht entgegensteht, kann aber noch nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber habe die Wahlberechtigung der Aushilfskräfte gewollt. Das gesetzgeberische Schweigen in dieser Frage könnte nämlich auch ein unbewußtes Schweigen sein. Das wäre der Fall, wenn der Gesetzgeber sich bei der Formulierung des § 7 nicht bewußt war, daß danach auch Aushilfskräfte wahlberechtigt sind.

Aus den Unterlagen der Vorbereitung des BetrVG 72 ist nicht ersichtlich, ob man sich bei der Formulierung des § 7 bewußt war, daß danach Aushilfskräfte wahlberechtigt sind. Sowohl nach § 7 des Entwurfs der Bundesregierung eines neuen BetrVG vom 29.1.71 [1] als auch nach § 47 des Entwurfs der CDU/CSU-Fraktion eines Gesetzes der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb und Unternehmen [2] sind - ohne weitere Einschränkungen - alle Arbeitnehmer wahlberechtigt, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. In der jeweiligen Begründung dieser Bestimmung [3] wird ebenso wie im Schriftlichen Bericht [4] des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung über die beiden genannten Entwürfe nur darauf hingewiesen, daß diese Bestimmung § 6 des BetrVG 52

---

1) BT-Drucksache VI, 1786

2) BT-Drucksache VI, 1806

3) BT-Drucksache VI, 1786, S. 37;
VI, 1806, S. 41

4) BT-Drucksache VI, 2729, S. 5, 19

entspreche. Im Gesetzgebungsverfahren zum BetrVG 72 hat man sich also in der Frage der Wahlberechtigung den Willen des Gesetzgebers des BetrVG 52 zu eigen gemacht.

Das Gesetzgebungsverfahren des BetrVG 52 begann mit dem Entwurf der CDU/CSU-Fraktion eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb [1]. Schon nach diesem Entwurf (§ 7) sollten alle Arbeitnehmer wahlberechtigt sein, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Eingeschränkt wurde dies nur dadurch, daß sie außerdem noch im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sein mußten [2]. Im Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über die Neuordnung der Beziehungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern in den Betrieben (BetrVG) [3] wird in § 8 als weitere Voraussetzung der Wahlberechtigung bestimmt, daß die Arbeitnehmer seit mindestens drei Monaten im Betrieb oder in einem anderen zum Unternehmen gehörenden Betrieb beschäftigt sein müssen. Außerdem sollen sie nur in einem Betrieb wahlberechtigt sein.

Diese weiteren Voraussetzungen rechtfertigte die Bundesregierung damit [4], daß "Wert darauf zu legen" sei, "den Betriebsrat, dem im Verhältnis zur früheren Regelung (§ 20 I BRG 1920, d. Verf.) höhere Verantwortungen übertragen sind, nur durch solche

---

1) BT-Drucksache Nr. 970

2) Der Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte blieb bis zum 31.3.1970 Voraussetzung der Wahlberechtigung (vgl. Art. 74 und 105 des 1. StrRG vom 25.6.69, BGBl. I S. 645). Für das hier behandelte Problem ist dies jedoch ohne Bedeutung. Daher wird dies im folgenden nicht mehr erwähnt werden.

3) BT-Drucksache Nr. 1546

4) BT-Drucksache Nr. 1546, S. 40

Personen wählen zu lassen, die schon in den Betrieb eingegliedert, d.h. mindestens drei Monate (die allgemein als Probezeit gelten) im Betrieb beschäftigt sind". Die Beschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts gelte "für die Grenzfälle, in denen einzelne Arbeitnehmer in mehreren Betrieben (u.U. des gleichen Unternehmens) zugleich beschäftigt werden (z.B. Reinemachefrauen)".

Im Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit [1] über den genannten CDU/CSU-Entwurf, über den von der Fraktion der SPD eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Wirtschaft [2] und über den genannten Entwurf der Bundesregierung werden die über die Vollendung des 18. Lebensjahres hinausgehenden Voraussetzungen für die Wahlberechtigung der Arbeitnehmer zwar nicht mehr erwähnt. Der von den Ausschüssen für Arbeit und für Wirtschaftspolitik beschlossene Entwurf eines BetrVG gibt dann in § 6 auch allen Arbeitnehmern die Wahlberechtigung, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Da sich die Ausschüsse für Arbeit und Wirtschaftspolitik dabei aber auch mit dem Entwurf der Bundesregierung auseinandergesetzt haben, müssen sie die Möglichkeit weiterer Beschränkungen der Wahlberechtigung, insbesondere durch eine bestimmte Mindestdauer der Betriebszugehörigkeit, gesehen haben. Ihr Wille beim Entwurf des § 6, der in dieser Fassung Gesetz wurde, kann daher nur dahin gegangen sein, auch den weniger als drei Monate in einem Betrieb Beschäftigten (und somit auch den Aushilfskräften) die Wahlberechtigung zu gewähren.

---

1) BT-Drucksache Nr. 3585, S. 3

2) BT-Drucksache Nr. 1229

Der Gesetzgeber des BetrVG 52 hat § 6 also bewußt so formuliert, daß auch Aushilfskräfte wahlberechtigt sind.

Da sich der Gesetzgeber des BetrVG 72 in der Frage der Wahlberechtigung der Arbeitnehmer den Willen des Gesetzgebers des BetrVG 52 zu eigen gemacht hat, hat folglich auch er die Wahlberechtigung der Aushilfskräfte gewollt. § 7 enthält hinsichtlich der Wahlberechtigung der Aushilfskräfte keine Gesetzeslücke.

Dieser Schluß wird durch § 1 BetrVG 72 bestätigt. Für die Betriebsratsfähigkeit wird dort ausdrücklich auf die Zahl der s t ä n d i g e n wahlberechtigten Arbeitnehmer abgestellt. Da beide Vorschriften zu den wichtigsten Bestimmungen des BetrVG 72 gehören und sie in engem Zusammenhang stehen, ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber des BetrVG 72 übersehen hat, daß nach der Formulierung des § 7 auch nicht ständige Arbeitnehmer (und somit auch Aushilfskräfte) wahlberechtigt sind. Vielmehr ist auch deshalb davon auszugehen, daß der Gesetzgeber des BetrVG 72 die Wahlberechtigung auch der Aushilfskräfte gewollt hat.

Zwingende Gründe, die dagegen sprechen, sind nicht ersichtlich.

dd) Ergebnis

GALPERIN-LÖWISCH, SCHLESSMANN und HESS kann in ihrer Beschränkung der Wahlberechtigung nicht ständiger Arbeitnehmer nicht gefolgt werden. Mit der h.M. sind vielmehr auch alle Aushilfskräfte für wahlberechtigt zu halten.

b) Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer

aa) Schweigen des Gesetzes

Gegen die Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer bestehen vom Wortlaut des § 8 her keine Bedenken. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber wolle die Wählbarkeit aller nicht ständigen Arbeitnehmer - sofern sie die anderen Voraussetzungen erfüllen. Das wäre nur dann der Fall, wenn er sich der damit verbundenen Probleme bewußt gewesen wäre und er den § 8 trotzdem so formuliert hätte, wie er heute gilt. Daß sich der Gesetzgeber dieser besonderen Problematik bewußt war, ist jedoch nicht ersichtlich. Jedenfalls kann aus den Materialien nichts entnommen werden, was darauf hindeuten könnte [1].

bb) Meinung der Rechtsprechung und der Literatur

Das BAG [2] sagt zwar, § 8 erhalte erschöpfend die Voraussetzungen für die Wählbarkeit zum Betriebsrat. Das würde bedeuten, daß auch alle nicht ständigen Arbeitnehmer wählbar sind. Das BAG machte diese Aussage aber im Hinblick auf die Frage, ob sich aus § 8 eine Unvereinbarkeit der Wahlbewerbung

---

1) Vgl. a) §§ 8, 7 des Entwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. VI, 1786, S. 4 und 37
b) §§ 48, 47 des Entwurfs der CDU/CSU-Fraktion eines Gesetzes der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb und Unternehmen, BT-Drucks. VI, 1806, S. 11 und 41
c) §§ 8, 7 des Schriftlichen Berichts des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drucks. VI, 2729, S. 5 und 19, 20

2) BAG, Beschl. v. 12.10.76, DB 77, 356 = BB 77, 243

mit dem gleichzeitig ausgeübten Amt des Wahlvorstands ergebe. Es ist höchst zweifelhaft, ob sich das BAG bei seiner Aussage auch des Problems der Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer bewußt war.

In der Literatur bestehen - soweit ersichtlich - ebenfalls keine Bedenken gegen die Wählbarkeit aller nicht ständiger Arbeitnehmer. FITTING-AUFFARTH-KAISER [1] und DIETZ-RICHARDI [2] bejahen ihre Wählbarkeit sogar ausdrücklich.

cc) Eigene Bedenken bei bestimmten nicht ständigen Arbeitnehmern

Bedenken gegen die Wählbarkeit aller nicht ständigen Arbeitnehmer ergeben sich daraus, daß die Mitgliedschaft im Betriebsrat gem. § 24 I 1 Nr. 3 durch Beendigung des Arbeitsvertrages erlischt. Zur Erklärung dieser Bedenken ist es notwendig, die nicht ständigen Arbeitnehmer hinsichtlich der Art der Beendigung ihrer Arbeitsverträge zu ordnen.

Einige nicht ständige Arbeitnehmer haben befristete Arbeitsträge. Diese Arbeitsverträge enden mit Fristablauf. Werden nicht ständige Arbeitnehmer dieser Gruppe in den Betriebsrat gewählt, mag das angesichts der schon vorher bekannten kurzen Dauer ihrer Mitgliedschaft im Betriebsrat unklug sein. Rechtliche Bedenken dagegen bestehen jedoch nicht.

Andere nicht ständige Arbeitnehmer werden für absehbare Zeit eingestellt, deren genauer Ablauf nur noch nicht feststeht.

---

1) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 1 Anm. 60

2) DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 119

Der Zeitpunkt des Endes des Arbeitsvertrages kann sich in diesem Fall aus der Art der übertragenen Arbeit ergeben (§ 620 II BGB). Ist jemand zur Erfüllung bestimmter Arbeiten angestellt, so erlischt mit ihrer Durchführung der Arbeitsvertrag, ohne daß es einer Kündigung bedarf [1]. Das wäre z.B. bei der Einstellung eines Poliers für die Arbeit an einem bestimmten Bau oder eines Lagerhalters für die Auflösung eines Lagers [2] der Fall. Auch hier mag die Wahl eines solchen nicht ständigen Arbeitnehmers in den Betriebsrat wegen des absehbaren vorzeitigen Endes seiner Mitgliedschaft im Betriebsrat unklug sein. Rechtliche Bedenken dagegen bestehen jedoch auch hier nicht.

Im Regelfall wird sich das Ende des Arbeitsvertrags eines nicht ständigen Arbeitnehmers, der für absehbare Zeit (d.h. für weniger als sechs Monate [3]) eingestellt ist, deren genauer Ablauf nur noch nicht feststeht, aber nicht aus der Art der übertragenen Arbeit, sondern durch Kündigung ergeben. Gegen die Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer dieser Gruppe in den Betriebsrats bestehen wegen des besonderen Kündigungsschutzes für Wahlbewerber und Mitglieder des Betriebsrats durch § 103 und § 15 KSchG rechtliche Bedenken.

Gem. § 15 III KSchG ist die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers schon vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlags an unzulässig. Wird er in den Betriebsrat gewählt, genießt er diesen

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 24 Anm. 14

2) RAG, ARS 31, 207

3) Vgl. oben A II 3

Kündigungsschutz gem. § 15 I KSchG während seiner gesamten Amtszeit und noch ein Jahr danach. Hat er mit seiner Wahlbewerbung keinen Erfolg, ist er gem. § 15 III KSchG immerhin noch ein halbes Jahr nicht ordentlich kündbar. Darüberhinaus genießen Wahlbewerber während ihrer Kandidatur und Mitglieder des Betriebsrates während ihrer Amtszeit auch gegen außerordentliche Kündigungen insofern Schutz, als der Betriebsrat diesen Kündigungen zustimmen muß.

Dieser umfassende Kündigungsschutz muß für alle Wahlbewerber und Mitglieder des Betriebsrats gelten, also auch für diejenigen nicht ständigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsvertrag durch Kündigung endet, falls man deren Wählbarkeit bejaht. Denn das Ziel dieses besonderen Kündigungsschutzes, die Wahl des Betriebsrats und die Kontinuität seiner Arbeit zu sichern [1], kann nur erreicht werden, wenn alle Wahlbewerber und Mitglieder des Betriebsrats von diesem Schutz erfaßt werden. Würden bestimmte Wahlbewerber oder Mitglieder des Betriebsrats, z.B. diejenigen nicht ständigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsvertrag durch Kündigung endet, dauernd mit der Möglichkeit einer Kündigung rechnen müssen, würden sie kaum Entscheidungen fällen, die für den Arbeitgeber unangenehm sein könnten.

Dieser besondere Kündigungsschutz, der also wegen der Unabhängigkeit der Mitglieder des Betriebsrats für die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats von entscheidender Bedeutung ist, hat jedoch zur Folge, daß ein nicht ständiger Arbeitnehmer dieser Gruppe,

---

1) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 103 Anm. 1

der für den Betriebsrat kandidiert oder Mitglied des Betriebsrats ist, vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlags an für absehbare Zeit kaum noch kündbar ist. Damit wäre der als nicht ständiger Arbeitnehmer eingestellter Arbeitnehmer faktisch zu einem ständigen Arbeitnehmer geworden. Der Arbeitsvertrag, bei dessen Abschluß sich beide Parteien darüber einig waren, daß der Arbeitnehmer nur vorübergehend dem Betrieb angehören sollte, wäre damit wesentlich zuungunsten des Arbeitgebers verändert.

Das würde den Arbeitgeber ungleich härter treffen als ihn der besondere Kündigungsschutz der ständigen Arbeitnehmer trifft, die sich um einen Sitz im Betriebsrat bewerben. Denn während der Arbeitsvertrag mit dem ständigen Arbeitnehmer auf längere Dauer angelegt ist und der Arbeitgeber daher an eine Kündigung in absehbarer Zeit regelmäßig nicht denkt, ist die baldige Beendigung des Arbeitsvertrags mit dem nicht ständigen Arbeitnehmer ein wesentliches Element des Arbeitsvertrags. Häufig wird der Arbeitgeber den nicht ständigen Arbeitnehmer nur zur Bewältigung einer bestimmten begrenzten Arbeitsaufgabe, z.B. einer Saisonarbeit, eingestellt haben und ihn danach, z.B. wegen dessen mangelnder Qualifikation für andere Arbeitsaufgaben, nicht mehr sinnvoll beschäftigen können. Für den Arbeitgeber würde die Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer dieser Gruppe daher u.U. große Schwierigkeiten bereiten.

Gegen die Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer dieser Gruppe spricht weiter, daß - speziell in Zeiten größerer Arbeitslosigkeit - nicht ständige Arbeitnehmer sich gerade wegen des besonderen Kün-

digungsschutzes um einen Betriebsratssitz bewerben könnten. Damit würde der besondere Kündigungsschutz grob mißbraucht werden. Da eine derartige Absicht eines nicht ständigen Arbeitnehmers, der für den Betriebsrat kandidiert, kaum nachweisbar wäre, kann eine Wahlbewerbung aus diesen Motiven nur dadurch wirksam verhindert werden, daß man die Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer dieser Gruppe verneint.

Daneben hätte die Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer dieser Gruppe wegen des besonderen Kündigungsschutzes der Wahlbewerber und der Mitglieder des Betriebsrats für die Arbeitnehmer insgesamt den Nachteil, den alle Kündigungsschutzbestimmungen haben: Der Arbeitgeber wird wegen der erschwerten Entlassung neue Arbeitnehmer zögernder als sonst einstellen. Bei der Einstellung nicht ständiger Arbeitnehmer dieser Gruppe wird dieser Gesichtspunkt deshalb besonders wichtig, weil diese Arbeitnehmer schon in absehbarer Zeit wieder entlassen werden sollen. Allerdings wird der Arbeitgeber mit der Einstellung nicht ständiger Arbeitnehmer dieser Gruppe aus diesem Grund nur zögern, wenn er damit rechnen muß, daß während der Zeit ihrer Beschäftigung ein neuer Betriebsrat gewählt wird.

dd) Ergebnis

Bei der Abwägung der Gründe, die für und gegen die Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer, deren Arbeitsverträge durch Kündigungen enden, sprechen, ist somit festzustellen: Während keine Gründe für die Wählbarkeit nicht ständiger Arbeitnehmer dieser Gruppe ersichtlich sind, begegnet ihre Wählbarkeit

wegen des besonderen Kündigungsschutzes, den sie als Wahlbewerber und Mitglieder des Betriebsrats genießen, den größten Bedenken. Die Wählbarkeit dieser Gruppe der nicht ständigen Arbeitnehmer ist daher zu verneinen [1]. Die Wählbarkeit der anderen behandelten nicht ständigen Arbeitnehmer ist zu bejahen.

3) Wahlrecht der Teilzeitbeschäftigten

Zu prüfen ist weiterhin die Wahlberechtigung und die Wählbarkeit der Teilzeitbeschäftigten.

a) Begriff des Teilzeitbeschäftigten

Eine Teilzeitbeschäftigung liegt vor, "wenn der Beschäftigte zwar in einem dauernden (unbefristeten oder befristeten) Arbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber steht, mit ihm aber vereinbart ist, er brauche nicht die volle betriebliche Arbeitszeit abzuleisten". [1] Das kann entweder in der Form geschehen, daß der Teilzeitbeschäftigte nur zu einer verkürzten Arbeitszeit zu arbeiten hat, oder in der Form, daß er nur an bestimmten Tagen zu arbeiten hat. Voraussetzung ist allerdings, daß der Arbeitnehmer in einem Dauerarbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber steht. Wird er an den Tagen, an denen er zu arbeiten hat, jedesmal aufgrund eines neuen befristeten Arbeitsvertrages eingestellt und zur Arbeit eingesetzt, scheidet er aber nach Ableistung der Arbeit wieder aus dem Betrieb aus und wird er bei nächster Gelegenheit aufgrund eines neuen, erst bei dieser Gelegenheit abgeschlossenen Arbeitsvertrages erneut zur Arbeit eingesetzt, ist er nicht Teilzeitbeschäftigter, sondern Aus-

1) Aus den gleichen Gründen ist auch die Möglichkeit einer Mitgliedschaft dieser Gruppe der nicht ständigen Arbeitnehmer im Wahlvorstand abzulehnen.

2) SCHRÖDER, RdA 69, 257

hilfskraft. An den Tagen, an denen er nicht zur Arbeit eingesetzt wird, ist er in diesem Fall nicht Arbeitnehmer des Betriebs. Arbeitnehmer des Betriebs - und damit wahlberechtigt und wählbar - ist er dann nur an den Tagen, an denen er tatsächlich zur Arbeit eingesetzt ist [1].

b) Wahlberechtigung der Teilzeitbeschäftigten

aa) Übersicht über die verschiedenen Meinungen

Teilzeitbeschäftigte werden teilweise ohne Einschränkungen für wahlberechtigt gehalten [2]. Nach einer anderen Meinung sollen nur diejenigen Teilzeitbeschäftigten wahlberechtigt sein, deren Arbeitszeit nicht zu geringfügig im Verhältnis zur regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit ist [3]. Diese Voraussetzung wird teilweise dahingehend konkretisiert, daß die Tätigkeit einen Umfang annehmen müsse, die die Sozialversicherungspflicht begründet [4].

---

1) Zur im einzelnen Fall möglicherweise schwierigen Unterscheidung, ob ein Dauerarbeitsverhältnis mit Teilzeitbeschäftigung oder ein jedesmal neu begründetes Arbeitsverhältnis vorliegt, vgl. SCHRÖDER, RdA 69, 257 ff (258)

2) DIETZ-RICHARDI, § 7 Anm. 14, 15;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 7 Anm. 5;
NIPPERDEY in HUECK-NIPPERDEY II, 2. Halbb., S. 1131, Fußn. 5;
SCHRÖDER, RdA 69, 257 ff

3) ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 7 Anm. 3;
BRECHT, § 7 Anm. 6;
NEUMANN-DUESBERG, S. 242 f;
NIKISCH III, S. 77 Fußn. 5

4) GALPERIN-LÖWISCH, § 7 Anm. 9
HESS, S. 17

bb) Schweigen des Gesetzes

Auch zur Lösung dieses Problems ist zunächst auf den Wortlaut des BetrVG abzustellen.

Ebensowenig wie hinsichtlich der Wahlberechtigung der Aushilfskräfte enthalten die §§ 7 und 8 irgendwelche Einschränkungen hinsichtlich der Wahlberechtigung der Teilzeitbeschäftigten. Wie oben dargelegt [1], kann auch § 6 die Wahlberechtigung der Teilzeitbeschäftigten nicht beeinflussen.

Aus dem Wortlaut des BetrVG ergeben sich somit keine Hinweise, die es rechtfertigen würden, irgendeiner Gruppe der Teilzeitbeschäftigten die Wahlberechtigung vorzuenthalten. Insbesondere kann aus ihm nicht hergeleitet werden, daß wahlberechtigt nur die Arbeitnehmer seien, die sozialversicherungspflichtig sind.

cc) Wille des Gesetzgebers

In den oben erwähnten Unterlagen zum Gesetzgebungsverfahren zum BetrVG 72 und zum BetrVG 52 findet sich kein Wort zur Wahlberechtigung der Teilzeitbeschäftigten. Es ist daher anzunehmen, daß diese Frage entweder gar nicht oder jedenfalls nur am Rande diskutiert wurde. Schon wegen der großen Zahl der Teilzeitbeschäftigten und der bezüglich ihres Wahlrechts ergangenen Urteile [2] ist davon auszugehen, daß sich der Gesetzgeber bewußt war, daß nach dem Wortlaut der Bestimmungen hinsichtlich

---

1) Vgl. oben C I 2 a, bb

2) Vgl. RAG, ARS 8, 210;
BVerwG, AP Nr. 2 zu § 9 BPersVG 1955

des Begriffs der Arbeitnehmer sowie hinsichtlich der Wahlberechtigung alle Teilzeitbeschäftigte wahlberechtigt sind. Hätte er dies nicht auch gewollt, würde sich in den Unterlagen wahrscheinlich ein dahingehender Hinweis finden (etwa daß man die Lösung dieses Problems der Rechtsprechung und Lehre überlassen wolle). Das Fehlen eines derartigen Hinweises in den Unterlagen deutet also auf den Willen des Gesetzgebers hin, die Wahlberechtigung allen Teilzeitbeschäftigten zu gewähren.

Oben [1] wurde erwähnt, daß der Entwurf der Bundesregierung zum BetrVG 52 als Voraussetzung für die Wahlberechtigung eines mindestens dreimonatige Betriebszugehörigkeit verlangt hatte, daß dieser Vorschlag aber wieder verworfen worden war. In dieser Entscheidung wird der Wille des Gesetzgebers deutlich, den Kreis der Wahlberechtigten möglichst weit zu ziehen [2]. Auch deswegen ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber allen Teilzeitbeschäftigten die Wahlberechtigung gewähren wollte.

dd) Schutzbedürfnis der Teilzeitbeschäftigten

Aber nicht nur, weil der Gesetzgeber es so wollte, müssen alle Teilzeitbeschäftigten wahlberechtigt sein. Zu bedenken ist auch folgendes: Wären nicht alle Teilzeitbeschäftigte wahlberechtigt, könnten sie kaum einen Einfluß auf die Zusammensetzung und damit auf die Arbeit des Betriebsrats nehmen. Für den Betriebsrat entfiele damit ein wesentlicher Grund, sich um die Probleme der Teilzeitbeschäftigten zu kümmern. Die Teilzeitbeschäftigten sind

---

1) Vgl. oben C I 2 a, cc

2) Im Ergebnis ebenso: GALPERIN-SIEBERT, § 6 Anm. 12

jedoch eine Gruppe innerhalb der Belegschaft, die - gerade wegen ihrer Teilzeitbeschäftigung - ganz spezifische Probleme hat. Auch damit sich der Betriebsrat mit diesen Problemen auseinandersetzt, müssen also alle Teilzeitbeschäftigte wahlberechtigt sein.

ee) Ergebnis

Es ist festzustellen, daß Teilzeitbeschäftigte ohne Rücksicht auf den Umfang ihrer Tätigkeit wahlberechtigt sind. Das gilt auch dann, wenn die Teilzeitbeschäftigten am Tag der Stimmabgabe nicht im Betrieb beschäftigt sind.

c) Wählbarkeit der Teilzeitbeschäftigten

Gegen die Wählbarkeit von Teilzeitbeschäftigten sind keine Bedenken ersichtlich. Als Betriebsratsmitglieder sind sie - ebenso wie die anderen Betriebsratsmitglieder - gem. § 37 II von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung ihres Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Betriebsratstätigkeiten, die sie außerhalb ihrer Arbeitszeit durchzuführen haben, sind ihnen entsprechend § 37 III auszugleichen. Dabei ist zu beachten, daß "außerhalb der Arbeitszeit" sich auf die individuelle Arbeitszeit des jeweiligen Betriebsratsmitglieds bezieht [1].

Besonders bei einem in den Betriebsrat gewählten Teilzeitbeschäftigten, dessen Tätigkeit im Betrieb

---

1) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 37 Anm. 32

nach seinem Arbeitsvertrag nur geringen Umfang hat, kann es vorkommen, daß seine Tätigkeit für den Betriebsrat r e g e l m ä ß i g mehr Zeit erfordert, als er aufgrund seines Arbeitsvertrags im Betrieb zu arbeiten verpflichtet ist. In diesem Fall hat ihm der Arbeitgeber die über den Arbeitsvertrag hinaus aufgewendete Zeit entsprechend zu vergüten. Außerdem ist er in diesem Fall von der beruflichen Tätigkeit im Betrieb freizustellen. Seine Freistellung muß dabei nicht auf die Zahl der gem. § 38 I freizustellenden Betriebsratsmitglieder angerechnet werden, da § 38 I nur die Mindestzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder angibt. Seine Freistellung ohne Anrechnung auf die Zahl der gem. § 38 I freizustellenden Betriebsratsmitglieder erfordert jedoch, daß sie zur ordnungsgemäßen Durchführung seiner Betriebsratstätigkeit notwendig ist [1].

4) Belegschaftszugehörigkeit als Voraussetzung des Wahlrechts

Schwierigkeiten bei der Feststellung, welche Arbeitnehmer wahlberechtigt und wählbar sind, können weiter daraus entstehen, daß - obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist - wahlberechtigt und wählbar nur die Arbeitnehmer d e s B e t r i e b s sind [2]. Die Arbeitnehmer müssen also zur Belegschaft des Betriebs gehören.

a) Normale Kriterien zur Bestimmung der Belegschaftszugehörigkeit

Zur Belegschaft eines Betriebs gehören Arbeitnehmer

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 38 Anm. 11 m.w.N.

2) Vgl. DIETZ-RICHARDI, § 7 Anm. 2;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 7 Anm. 9

nach ganz herrschender Meinung [1] dann, wenn sie mit dem Inhaber des Betriebs einen Arbeitsvertrag [2] haben, wonach sie von ihm in den Betrieb eingestellt sind, und wenn sie den Betrieb eingegliedert [3] sind.

---

1) Vgl. DIETZ-RICHARDI, § 7 Anm. 2;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 7 Anm. 9 m.w.N.

2) Unter Arbeitsvertrag wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit ein Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber verstanden, aufgrund dessen schuldrechtliche Pflichten auf beiden Seiten entstehen, u.a. die Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung. Zu unterscheiden ist dieser Begriff vom sogenannten faktischen Arbeitsverhältnis. Dabei handelt es sich um ein bloß tatsächliches Verhältnis, das allerdings auch - insbesondere hinsichtlich der Arbeitnehmerschutzvorschriften und des Sozialversicherungsrechts - rechtliche Bedeutung hat. (Vgl. HUECK in HUECK-NIPPERDEY I, S. 114; SCHAUB, S. 89; NIKISCH I, S. 164; SCHNORR VON CAROLSFELD, S. 122, 123)

3) Der Begriff der Eingliederung (oder Einordnung) wird nicht immer in gleicher Weise gebraucht. Auch die Erklärung, wonach ein Arbeitnehmer dann in einen Betrieb eingegliedert ist, wenn er innerhalb der betrieblichen Organisation seinen Arbeitsplatz hat (DIETZ-RICHARDI, § 7 Anm. 2; FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 7 Anm. 9), ist nicht ganz klar. Im Rahmen dieser Arbeit gilt ein Arbeitnehmer als in den Betrieb eingegliedert, wenn er dem Inhaber dieses Betriebes zur Arbeitsleistung überlassen ist. Oder anders: Ein Arbeitnehmer ist in einen Betrieb eingegliedert, wenn der Inhaber dieses Betriebs ihm gegenüber das Direktionsrecht hinsichtlich der Arbeitsleistung ausübt. Zu unterscheiden ist ein solcher Arbeitnehmer von einem sog. Unternehmerarbeitnehmer. Bei letzterem handelt es sich um einen Arbeitnehmer, der für seinen Arbeitgeber und ausschließlich unter dessen Leitung Arbeiten in fremden Betrieben ausführt, wie z.B. Montage, Reparatur- oder Bauarbeiten (vgl. FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 5 Anm. 7b m.w.N.). Dieser Arbeitnehmer ist in den fremden Betrieb nicht eingegliedert.

Auf die tatsächliche Arbeitsleistung im Betrieb oder für ihn im Zeitpunkt der Wahl kommt es nicht an. Auch kranke, beurlaubte oder mit Außenarbeit beschäftigte Arbeitnehmer bleiben Belegschaftsangehörige. Unerheblich ist auch, ob der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers mit dem Betriebsinhaber voll wirksam ist. Ein nichtiger oder anfechtbarer Arbeitsvertrag berührt die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zur Belegschaft solange nicht, als dieser Rechtsmangel nicht geltend gemacht wird [1].

b) Schwierigkeiten, wenn Arbeitnehmer in einen Betrieb eingegliedert sind, sie aber einen Arbeitsvertrag nur mit dem Inhaber eines anderen Betriebs haben

Nach den genannten Kriterien wird sich in den meisten Fällen ohne Schwierigkeiten feststellen lassen, ob ein Arbeitnehmer einer bestimmten Belegschaft angehört. Besonders in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer in die Organisation eines Betriebs eingegliedert ist, er aber nicht mit dem Inhaber dieses Betriebs, sondern nur mit dem Inhaber des Betriebs, in den er eingestellt wurde, einen Arbeitsvertrag hat, kann die Frage, zu welcher Belegschaft ein Arbeitnehmer gehört, schwierig zu beantworten sein.

aa) Leiharbeitnehmer im Sinne des AÜG

Es handelt sich dabei zunächst um Leiharbeitnehmer im Sinne des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) vom 7. August 1972. Leiharbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 7 Anm. 8;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 7 Anm. 10

sind nur solche Personen, die in arbeitsvertraglichen Beziehungen zu einem Verleiher stehen und Dritten (Entleihern) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen werden. Die Dauer der Überlassung darf im Einzelfall die Zeit von drei Monaten nicht überschreiten.

aaa) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Verleiherbetriebs

Für diese Gruppe von Leiharbeitnehmern hat der Gesetzgeber die Frage ihrer Belegschaftszugehörigkeit teilweise selbst beantwortet, indem er den Inhaber des Betriebs, in den sie eingestellt wurden (mit dem sie einen Arbeitsvertrag haben), den "Verleiher", als ihren Arbeitgeber anspricht [1]. Damit rechnet der Gesetzgeber sie der Belegschaft des Verleiherbetriebs zu. Das muß allerdings nicht bedeuten, daß sie nicht gleichzeitig der Belegschaft des Entleiherbetriebs angehören könnten. Das BAG hat infolgedessen die Frage ihres Wahlrechts im Entleiherbetrieb ausdrücklich offengelassen [2].

bbb) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Entleiherbetriebs

Bei der Erörterung der Zugehörigkeit dieser Leiharbeitnehmer zur Belegschaft des Entleiherbetriebs ist davon auszugehen, daß der Inhaber dieses Betriebs diesen Arbeitnehmern gegenüber auch dann in verschiedener Hinsicht eine Arbeitgeberstellung hat, wenn sie mit ihm keinen Arbeitsvertrag haben. Das gilt vor allem hinsichtlich des Weisungsrechts für die Arbeitsleistung, soweit es nicht um die mate-

---

1) Vgl. Ausschußbericht zum AÜG, BT-Drucksache VI, 3505 S. 4

2) BAG, AP Nr. 2 zu § 99 = DB 74, 1580

riellen, auf Leistung und Gegenleistung fußenden Arbeitsbedingungen geht [1]. In diesem Bereich, wozu z.B. auch Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb gem. § 87 I Ziff. 1 gehören [2], aber auch für andere Fragen, z.B. gem. §§ 75, 80 I Ziff. 1, 81, 82 I, 84, 85 89 besteht eine "Zuständigkeit" des Inhabers des Entleiherbetriebs [3]. Der Betriebsrat des Verleiherbetriebs hat während der Eingliederung der Leiharbeitnehmer in den Entleiherbetrieb insoweit keine rechtlichen Befugnisse. Würde man die Zuständigkeit des Betriebsrats des Entleiherbetriebs insoweit gegenüber den Leiharbeitnehmern verneinen, so würden die Leiharbeitnehmer den Schutz des BetrVG in zahlreichen Fällen praktisch entbehren. Dieses Ergebnis liegt offensichtlich nicht im Sinne des Gesetzgebers. Daher muß sich die Zuständigkeit des Betriebsrats des Entleiherbetriebs insoweit auch auf die Leiharbeitnehmer erstrecken. Bis zu diesem Punkt besteht - soweit ersichtlich - Einigkeit.

Der oben aufgezeigte Bereich, in dem nur der Betriebsrat des Entleiherbetriebs, nicht der des Verleiherbetriebs für die Leiharbeitnehmer tätig werden kann, ist für die Leiharbeitnehmer von großer Bedeutung. Ihre Tätigkeit im Entleiherbetrieb wird dadurch wesentlich geprägt. Das ist schon daraus ersichtlich, daß dazu auch die Angelegenheiten des § 87 I Ziff. 1 gehören. Von den Regelungen, die in diesem Bereich durch das Zusammenwirken des Inhabers dieses Betriebs und des Betriebsrats getroffen werden, werden die Leiharbeitnehmer in gleicher Weise wie alle anderen Arbeitnehmer be-

---

1) Vgl. MUMOT, S. 172

2) Vgl. MUMOT, S. 121 ff;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 5 Anm. 7a

3) BAG, AP Nr. 2 zu § 99 = DB 74, 1580

troffen, die in diesen Betrieb eingegliedert sind. Sie haben daher ein schutzwürdiges Interesse, an der Zusammensetzung dieses Betriebsrats mitzuwirken. Da sie das nur als Mitglied der Belegschaft dieses Betriebs können, müssen sie aus teleologischen Gründen der Belegschaft dieses Betriebs zugerechnet werden.

Leiharbeitnehmer, die Dritten gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen sind, gehören somit während ihrer Eingliederung in den Entleiherbetrieb auch zur Belegschaft des Entleiherbetriebs.

bb) Leiharbeitnehmer, die Dritten nicht gewerbsmäßig überlassen werden

Über Leiharbeitnehmer, die Dritten nicht gewerbsmäßig, sondern z.B. nur gelegentlich zur Arbeitsleistung überlassen werden, sagt das AÜG wenig.Gem. Art. 1 § 1 I AÜG gilt jedoch auch für sie die Vermutung, daß der Überlassende entgegen dem Verbot der privaten Arbeitsvermittlung (§§ 4, 14 AFG) Arbeitsvermittlung betreibt. Das wird von SCHUBEL-ENGELBRECHT [1] zwar bestritten. Nach ihnen gilt diese Vermutung nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Schon wegen des Wortlauts des Art.1 § 1 II AÜG kann ihnen jedoch nicht gefolgt werden. Art. 1 § 1 II AÜG spricht - im Gegensatz zum Absatz 1 dieser Vorschrift - nicht nur von gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung. Daraus ist zu schließen, daß die in Absatz 2 verwandte Bezeichnung des "Überlassenden" als Oberbegriff sowohl den gewerbsmäßigen als auch den nicht gewerbsmäßigen Verleiher umfaßt [2].

---

1) SCHUBEL-ENGELBRECHT, Art. 1 § 1 Anm. 24

2) Ebenso BECKER, Art. 1 § 1 Anm. 46;
SANDMANN-VIELHABER, Art. 1 § 1 Anm. 11;
BAG, Beschl. v. 10.2.77, BB 77, 945

Zur Frage der Belegschaftszugehörigkeit dieser Arbeitnehmer sagt das AÜG nichts aus. Es wird daher im folgenden zuerst geprüft, ob sie während ihrer Eingliederung in den Entleiherbetrieb Belegschaftsangehörige des Verleiherbetriebs bleiben; anschließend wird der Frage ihrer Zugehörigkeit zum Entleiherbetrieb während ihrer Eingliederung in diesen Betrieb nachgegangen.

aaa) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Verleiherbetriebs

Belegschaftsangehörige des Verleiherbetriebs können diese Leiharbeitnehmer nur aufgrund ihres fortbestehenden Arbeitsvertrages mit dem Inhaber des Verleiherbetriebs bleiben.

Der fortbestehende Arbeitsvertrag mit dem Inhaber des Verleiherbetriebs bedeutet für diese Leiharbeitnehmer u.a., daß nur dieser, nicht aber der Inhaber des Entleiherbetriebs, ihren Arbeitsvertrag durch eine Kündigung beenden kann. Der Betriebsrat, der gem. § 102 vor jeder Kündigung vom Arbeitgeber unterrichtet werden muß und der seine Zustimmung in bestimmten Fällen verweigern kann, kann daher nur der Betriebsrat des Verleiherbetriebs sein. Der Betriebsrat des Verleiherbetriebs kann aber nur dann zu unterrichten sein, wenn einem Arbeitnehmer des Verleiherbetriebs gekündigt werden soll. Das bedeutet für die Leiharbeitnehmer: Sollten sie trotz des Arbeitsvertrags mit dem Inhaber des Verleiherbetriebs nicht zur Belegschaft des Verleiherbetriebs gehören, müßten sie bei Kündigungen durch den Arbeitgeber den Schutz des BetrVG entbehren. Dadurch würde die betriebsverfassungsrechtliche Stellung dieser Leiharbeitnehmer in einem wichtigen Punkt verschlechtert werden.

Um dies zu vermeiden, müssen sie trotz ihrer Ausgliederung aus dem Verleiherbetrieb solange Belegschaftsangehörige dieses Betriebs bleiben, wie ihr Arbeitsvertrag mit dem Inhaber dieses Betriebs fortbesteht.

Aber auch aus einem anderen betriebsverfassungsrechtlichen Grund sollten diese Leiharbeitnehmer Belegschaftsangehörige des Verleiherbetriebs bleiben. Würde ihre Ausgliederung aus dem Verleiherbetrieb ihren Ausschluß aus der Belegschaft des Verleiherbetriebs bedeuten, wären sie bei einer während ihrer Ausgliederung aus dem Verleiherbetrieb dort stattfindenden Betriebsratswahl nicht wahlberechtigt.

Bedenkt man, daß sie dann nach ihrer Wiedereingliederung in den Verleiherbetrieb fast drei Jahre lang von einem Betriebsrat vertreten werden würden, den sie nur deshalb nicht mitwählen durften, weil sie am Wahltag kurzzeitig aus dem Betrieb ausgegliedert waren, erscheint dieses Ergebnis wenig interessengerecht. Stellt man sich weiter vor, daß ein böswilliger Arbeitgeber dadurch den Ausgang einer Betriebsratswahl bewußt beeinflussen könnte [1], erscheint dieses Ergebnis vollends unannehmbar. Auch deshalb müssen Leiharbeitnehmer also trotz ihrer Ausgliederung aus dem Verleiherbetrieb solange Belegschaftsangehörige dieses Betriebs bleiben, wie ihr Arbeitsvertrag mit dem Inhaber dieses Betriebs fortbesteht.

Schließlich sollten diese Leiharbeitnehmer auch aus anderen arbeitsrechtlichen, nicht betriebs-

---

1) Der darin liegende Verstoß gegen § 20 ist möglicherweise kaum nachweisbar.

verfassungsrechtlichen Gründen immer Belegschaftsangehörige des Verleiherbetriebs bleiben. Man wird davon ausgehen müssen, daß es trotz ihrer Ausgliederung aus dem Verleiherbetrieb bei dem Arbeitsvertrag mit dem Inhaber des Verleiherbetriebs geblieben ist, weil beide Vertragsparteien keine Änderung des Arbeitsvertrages wollten, die über die Veränderungen hinausgeht, die durch die Eingliederung in den Entleiherbetrieb notwendigerweise entstehen. Insbesondere werden regelmäßig beide Seiten nicht gewollt haben, daß durch die Verlegung der Arbeitnehmer ihre betrieblichen Rechte (wie z.B. ihr Ruhegeld) berührt werden. Deshalb ist zu vermuten, daß Leiharbeitnehmer nach ihrem eigenen Willen und nach dem Willen des Inhabers des Verleiherbetriebs trotz ihrer Ausgliederung aus dem Verleiherbetrieb Mitglieder der Belegschaft dieses Betriebs bleiben wollen. Diese Vermutung gilt solange, bis sie durch eine anderweitige Erklärung der Vertragsparteien widerlegt wird. Auch wegen des Willens der Vertragsparteien sollten diese Leiharbeitnehmer daher während ihrer Tätigkeit in dem Entleiherbetrieb Belegschaftsangehörige des Verleiherbetriebs bleiben.

Leiharbeitnehmer, die Dritten nicht gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen werden, bleiben somit - ebenso wie die Dritten gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassenen Leiharbeitnehmer - auch während ihrer Eingliederung in den Entleiherbetrieb Belegschaftsangehörige des Verleiherbetriebs.

bbb) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Entleiherbetriebs

Ihre Stellung im Entleiherbetrieb ist während ihrer Eingliederung in diesen Betrieb die gleiche

wie die der gewerbsmäßig überlassenen Leiharbeitnehmer. Sie haben daher ebenso wie jene ein schutzwürdiges Interesse, an der Zusammensetzung des Betriebsrats des Entleiherbetriebs mit zuwirken [1]. Deshalb müssen auch sie während ihrer Eingliederung in diesen Betrieb der Belegschaft dieses Betriebs zugerechnet werden.

Somit gehören auch Leiharbeitnehmer, die Dritten nicht gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen werden, während ihrer Eingliederung in den Entleiherbetrieb zur Belegschaft beider Betriebe.

cc) Leiharbeitnehmer, die an einen Entleiherbetrieb überlassen werden, der wirtschaftlich unter derselben Leitung wie der Verleiherbetrieb steht

Der Frage der Belegschaftszugehörigkeit soll noch bei einer dritten Gruppe von Leiharbeitnehmern nachgegangen werden. Es handelt sich um Arbeitnehmer, die einem Entleiherbetrieb zur Arbeitsleistung überlassen werden, der zum selben Konzern [2] oder zum selben Unternehmen (= demselben Arbeitgeber) gehört. In diesem Fall hat die Überlassung keine "Außenwirkung". Daher kann nicht von Überlassung an einen Dritten im Sinne des Art. 1 § 1 AÜG gesprochen werden. Folglich findet auf diese Überlassung die Vermutung des Art. 1 § 1 II AÜG keine Anwendung. Die Überlassung dieser Leiharbeitnehmer darf also die Dauer von drei Monaten überschreiten [3]. Zu prüfen ist, ob die Frage der Belegschaftszugehörigkeit dieser Leiharbeitnehmer wäh-

---

1) Vgl. oben C I 4 b, aa, bbb

2) Im Sinne des § 18 AktG

3) SANDMANN-VIELHABER, Art. 1 § 1 Nr. 9;
BECKER, Art. 1 § 1 Anm. 34

rend der Dauer ihrer Eingliederung in den Entleiherbetrieb deshalb anders als die Frage der Belegschaftszugehörigkeit der anderen Leiharbeitnehmer zu beantworten ist.

aaa) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Verleiherbetriebs

Untersucht wird zunächst wieder ihre Zugehörigkeit zur Belegschaft des Verleiherbetriebs.

Bezüglich der Gruppe der nicht gewerbsmäßig überlassenen Leiharbeitnehmer, für die die Vermutung des Art. 1 § 1 II AÜG gilt, wurde oben [1] festgestellt, daß diese zur Wahrung ihres betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutzes auch während ihrer Eingliederung in den Entleiherbetrieb Arbeitnehmer des Verleiherbetriebs bleiben müssen. Dies gilt in gleicher Weise für die Gruppe der hier behandelten Leiharbeitnehmer, soweit sie zwar einem Entleiherbetrieb desselben Konzerns, nicht aber desselben Arbeitgebers überlassen werden.

Werden sie einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers überlassen, würde sich eine Beendigung ihrer Zugehörigkeit zur Belegschaft des Verleiherbetriebs durch ihre Eingliederung in den Entleiherbetrieb hinsichtlich ihres betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutzes folgendermaßen auswirken: Der Arbeitgeber müßte bei einer Kündigung, die er während ihrer Eingliederung in den Entleiherbetrieb aussprechen will, zwar den Betriebsrat des Verleiherbetriebs nicht unterrichten. Insofern entspricht die betriebsverfassungsrechtliche Position dieser

---

1) Vgl. oben C I 4 b, bb, aaa

Leiharbeitnehmer in diesem Punkt ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung, wenn die Arbeitgeber beider Betriebe nicht identisch sind. Wenn der Arbeitgeber des Verleiherbetriebs auch der Arbeitgeber des Entleiherbetriebs ist, muß er aber den Betriebsrat des Entleiherbetriebs vor der Kündigung unterrichten, wenn die Leiharbeitnehmer durch ihre Eingliederung in diesen Betrieb Belegschaftsangehörige dieses Betriebs geworden sind. Denn hier wird - im Gegensatz zum Fall der Nichtidentität beider Arbeitgeber - die Kündigung vom Inhaber des Entleiherbetriebs vorgenommen. Insofern entbehren diese Leiharbeitnehmer bei Kündigungen nicht den betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutz in Form der Beteiligung eines Betriebsrats.

Dabei spielt es keine Rolle, ob der Inhaber der Betriebe (bzw. einer seiner gesetzlichen Vertreter) selbst kündigt oder ob eine Person kündigt, auf die der Inhaber des Betriebs (bzw. einer seiner gesetzlichen Vertreter) die Kündigungsbefugnis delegiert hat. Eine solche Person kann nämlich nur als Vertreter des Inhabers der Betriebe handeln [1]. Deshalb sind Kündigungen dem Inhaber der Betriebe auch dann zuzurechnen, wenn sie von Personen ausgesprochen werden, auf die der Inhaber der Betriebe seine Kündigungsbefugnis delegiert hat.

Gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutz, den diese Leiharbeitnehmer durch die Unterrichtung des Betriebsrats des Entleiherbetriebs erfahren würden, bestehen aber trotzdem Bedenken. Da die Eingliederung in den Entleiherbetrieb nur vorübergehend ist, besteht die Gefahr,

---

1) Vgl. DIETZ-RICHARDI, § 1 Anm. 24

daß der Betriebsrat des Entleiherbetriebs das Vorliegen der Widerspruchsgründe des § 102 III nicht mit gleicher Sorgfalt prüft wie das der Betriebsrat des Verleiherbetriebs tun würde. Auch Leiharbeitnehmer, die an einen Entleiherbetrieb desselben Arbeitgebers überlassen werden, können den betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutz also nur dann ungeschmälert genießen, wenn sie trotz ihrer Ausgliederung aus dem Verleiherbetrieb Belegschaftsangehörige dieses Betriebs bleiben.

Schon wegen der Wahrung ihres betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutzes sollten Leiharbeitnehmer während ihrer Eingliederung in den Entleiherbetrieb somit auch dann Belegschaftsangehörige ihres Verleiherbetriebs bleiben, wenn beide Betriebe demselben Konzern oder demselben Arbeitgeber gehören.

Als zweiter Grund, warum Leiharbeitnehmer, die Dritten nicht gewerbsmäßig überlassen werden, trotz ihrer Ausgliederung aus dem Verleiherbetrieb solange zu dessen Belegschaft gehören sollten, wie ihr alter, sich auf diesen Betrieb beziehender Arbeitsvertrag noch fortbesteht, wurde oben [1] angeführt, daß es nicht interessengerecht wäre, wenn sie während ihrer Ausgliederung aus dem Verleiherbetrieb dort nicht wahlberechtigt wären. Diese Überlegung trifft in gleicher Weise zu, wenn beide Betriebe wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung stehen. Auch deshalb sollten Leiharbeitnehmer, die an einen anderen Betrieb desselben Konzerns oder desselben Arbeitgebers überlassen werden, Belegschaftsangehörige des Verleiherbetriebs bleiben.

---

1) Vgl. oben C I 4 b, bb, aaa

Schließlich spricht wie bei der Gruppe der nicht gewerbsmäßig überlassenen Leiharbeitnehmern, für die die Vermutung des Art. 1 § 1 II AÜG gilt, der Wille der Vertragspartner für den Fortbestand der Zugehörigkeit der hier behandelten Leiharbeitnehmer zur Belegschaft des Verleiherbetriebs [1].

Auch wenn der Verleiherbetrieb und der Entleiherbetrieb demselben Konzern oder demselben Arbeitgeber gehören, müssen die Leiharbeitnehmer somit Belegschaftsangehörige des Verleiherbetriebs bleiben.

bbb) Zugehörigkeit zur Belegschaft des Entleiherbetriebs

Ihre Stellung im Entleiherbetrieb ist während ihrer Eingliederung in diesen Betrieb die gleiche wie die der anderen Leiharbeitnehmer. Sie haben daher ebenso wie jene ein schutzwürdiges Interesse, an der Zusammensetzung des Betriebsrats des Entleiherbetriebs mitzuwirken [2]. Deshalb müssen auch sie während ihrer Eingliederung in den Entleiherbetrieb der Belegschaft dieses Betriebs zugerechnet werden.

c) Ergebnis

Arbeitnehmer, die in einen Betrieb eingestellt wurden und deren Arbeitsvertrag mit dem Inhaber dieses Betriebs fortbesteht, während sie in einen anderen Betrieb eingegliedert sind, sind während der Dauer der Eingliederung in den anderen Betrieb somit Belegschaftsangehörige beider Betriebe.

---

1) Vgl. oben C I 4 b, bb, aaa

2) Vgl. oben C I 4 b, aa, bbb

Das gilt unabhängig davon, ob die Arbeitnehmer von einem Arbeitgeber gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig einem anderen Arbeitgeber überlassen werden, und unabhängig davon, ob der Verleiherbetrieb und der Entleiherbetrieb wirtschaftlich unter verschiedener oder einheitlicher Leitung stehen.

Also gehört zur Belegschaft eines Betriebs - und ist damit in diesem Betrieb wahlberechtigt und wählbar - einmal jeder Arbeitnehmer, der mit dem Inhaber des Betriebs einen Arbeitsvertrag hat, wonach er von ihm in den Betrieb eingestellt ist, zum anderen aber auch jeder Arbeitnehmer, der in einen Betrieb eingegliedert ist, d.h. dem gegenüber der Inhaber des Betriebs (vorübergehend) das Direktionsrecht hinsichtlich der Arbeitsleistung ausübt.

II Erlaß des Wahlauschreibens

Nach Fertigstellung der Wählerliste muß der Wahlvorstand das Wahlausschreiben vorbereiten, mit dessen Erlaß die Betriebsratswahl "eingeleitet" wird (§ 3 I WO).

1) Feststellung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder

Zur Vorbereitung des Wahlausschreibens muß er gem. § 3 II Ziff. 4 WO die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder entsprechend § 9 festlegen. Dafür ist die Zahl der Arbeitnehmer des Betriebs, teilweise auch die Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer des Betriebs entscheidend.

Anders als für die Feststellung der Betriebsratsfähigkeit eines Betriebs werden bei der Bestimmung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nicht nur die ständigen Arbeitnehmer gezählt. Auch unständig Beschäftigte werden mitgezählt, allerdings - wie bei der Feststellung der Betriebsratsfähigkeit eines Betriebs - unter der Voraussetzung, daß sie zum regelmäßigen Beschäftigtenstand gehören [1]. Dabei ist wieder vom "regelmäßigen Gang" des Betriebs auszugehen, wie er sich am Tag des Erlasses des Wahlausschreibens darstellt [2].

Aushilfskräfte sind dann und insoweit mitzuzählen, als eine bestimmte Anzahl derartiger Arbeitnehmer regelmäßig für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten im Jahr beschäftigt worden ist und auch mit einer derartigen Beschäftigung in Zukunft gerechnet werden kann [3].

a) Unterstützung des Wahlvorstands durch den Arbeitgeber

Bei der Bestimmung der Zahl der regelmäßigen (wahlberechtigten) Beschäftigten kann sich der Wahlvorstand zunächst auf die ihm vom Arbeitgeber für die Anfertigung der Wählerliste gegebenen Auskünfte und Unterlagen stützen. Vor allem wenn sich der Betrieb z.Z. nicht in einem regelmäßigen Gang befindet, reichen dem Wahlvorstand diese Auskünfte

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 9 Anm. 4

2) Vgl. im einzelnen oben A II 4

3) BAG, Beschl. v. 12.10.76, DB 77, 356;
vgl. DIETZ-RICHARDI, § 9 Anm. 7;
GALPERIN-LÖWISCH, § 9 Anm. 4;
THIELE in GK, § 9 Anm. 10

und Unterlagen zur Bestimmung der Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer jedoch nicht aus. Zur Feststellung der Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer muß er dann vielmehr einen Rückblick auf die bisherige personelle Stärke des Betriebs und eine Einschätzung der zukünftigen Entwicklung vornehmen. Zu diesem Zweck braucht er - wie oben näher dargelegt [1] - vom Arbeitgeber weitere Information.

Ausdrücklich geregelt ist eine Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Wahlvorstand derartige Informationen zu geben, weder im BetrVG noch in der WO.

Eine derartige Verpflichtung könnte sich jedoch aus § 20 I 1 ergeben. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Wahl des Betriebsrats nicht zu behindern. Dabei bedeutet "Wahl" nicht nur die eigentliche Ausübung des aktiven oder passiven Wahlrechts. Der Ausdruck "Wahl" ist vielmehr im weitesten Sinne zu verstehen. Er umfaßt auch alle Handlungen, die der Vorbereitung der Wahl dienen [2]. Eine Behinderung der Wahl im Sinne des § 20 kann ebenso durch aktives Tun wie durch Unterlassen begangen werden [3].

Um aber in dem Unterlassen des Arbeitgebers, dem Wahlvorstand über die zur Aufstellung der Wählerliste nötigen Informationen hinaus noch weitere Informationen zu geben, eine Wahlbehinderung im Sinne des § 20 I 1 zu sehen, muß eine dahingehende Pflicht des Arbeitgebers bejaht werden. Dabei

---

1) Vgl. oben A II 4

2) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 20 Anm. 7; THIELE, in GK, § 20 Anm. 14

3) THIELE, a.a.O.

ist zu bedenken, daß der Wahlvorstand die insbesondere zur Beurteilung der zukünftigen personellen Entwicklung der Belegschaft erforderlichen Informationen nur vom Arbeitgeber bekommen kann. Der Wahlvorstand könnte also seinem gesetzlichen Auftrag, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer zur Bestimmung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder festzustellen, nicht nachkommen, wenn ihn der Arbeitgeber nicht mit allen dazu erforderlichen Informationen unterstützen würde. Deshalb ist eine dahingehende Pflicht des Arbeitgebers zu bejahen. Folglich verstößt der Arbeitgeber gegen § 20 I 1, wenn er den Wahlvorstand nicht mit allen Informationen versorgt, die dieser zur Bestimmung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder, d.h. zur Feststellung der Zahl der in der Regel beschäftigten (wahlberechtigten) Arbeitnehmer braucht.

Eine dahingehende Pflicht des Arbeitgebers könnte auch aus einer analogen Anwendung von § 2 I herzuleiten sein. § 2 I verpflichtet den Arbeitgeber zwar nur zur vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem schon bestehenden Betriebsrat. Da die Zusammenarbeit des Arbeitgebers mit dem Wahlvorstand aber die Voraussetzung für die ordnungsgemäße Wahl des Betriebsrats ist, muß dieses Gebot auch für das Verhältnis des Arbeitgebers zum Wahlvorstand gelten. Das verpflichtet den Arbeitgeber, dem Wahlvorstand alle zur Feststellung der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer erforderlichen Auskünfte zu erteilen und ihm die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Diese Verpflichtung besteht für den Arbeitgeber somit aus § 20 I 1 und analog § 2 I.

Verletzt der Arbeitgeber diese Pflicht, kann das einmal seine Strafbarkeit gem. § 119 I Nr. 1 begründen. Zum anderen gibt das dem Wahlvorstand auch das Recht, diese Verpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber notfalls im Wege des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens (auch durch einstweilige Verfügung) durchzusetzen [1]. Vollstreckt wird die Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 888 ZPO [2].

Die Entscheidung über die Zahl der in der Regel beschäftigten (wahlberechtigten) Arbeitnehmer trifft allein der Wahlvorstand. Gegen seine Entscheidung kann ein arbeitsgerichtliches Beschlußverfahren eingeleitet werden [3].

Dabei ist jedoch zu beachten, daß die genaue Bestimmung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl insbesondere in neu errichteten Betrieben kaum möglich ist, da sie wesentlich auf der (unsicheren) Einschätzung der zukünftigen Entwicklung des Betriebs beruhen muß. Aber auch in den meisten anderen Betrieben ist die genaue Bestimmung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl kaum möglich, weil sie nicht durch einfaches Abzählen der zufälligen Beschäftigtenzahl am Tage des Erlasses des Wahlausschreibens ermittelt werden kann. So läßt sich z.B. auch bei einem sich in einem "regelmäßigen Gang" befindlichen Betrieb kaum sagen, ob der regelmäßige Beschäftigtenstand eines Betriebs 1.000 oder 1.001 Arbeitnehmer beträgt. Deshalb muß dem Wahlvorstand gerade in den Grenzfällen des § 9 ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt werden [4].

---

1) Vgl. THIELE in GK, § 2 WO Anm. 10 zum analogen Fall der Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 2 II 1 WO

2) Vgl. LAG Hamm, Beschl. v. 13.5.77, DB 77, 1271

3) Vgl. unten E I

4) BAG, Beschl. v. 12.10.77, DB 77, 356 f m.w.N.

b) Starkes Ansteigen der Zahl der in der Regel Beschäftigten nach der Betriebsratswahl

Wenn sich ein (neu errichteter) Betrieb nach der Bestimmung der in der Regel Beschäftigten am Tage des Erlasses des Wahlausschusses personell stark ausdehnt, führt das dazu, daß die Belegschaft durch (u.U. viel) weniger Betriebsratsmitglieder repräsentiert wird, als in § 9 vorgesehen ist. Eine ausreichende Betreuung der Belegschaft durch den Betriebsrat wird dadurch erschwert.

Ihre zu kleine Zahl können die Betriebsratsmitglieder z.T. dadurch ausgleichen, daß sie sich - entsprechend der durch die vergrößerte Belegschaftszahl bedingten Mehrarbeit - mehr als früher gem. § 37 II von ihrer Tätigkeit befreien lassen. Da für den Umfang der Freistellungen gem. § 38 die Zahl der g e g e n w ä r t i g in der Regel zu betreuenden Arbeitnehmer maßgebend ist, ist der Betriebsrat berechtigt, auch die Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder während der Amtszeit des Betriebsrats entsprechend der Staffel des § 38 I zu erhöhen [1]. Aus der Repräsentation nur durch einen Betriebsobmann entsteht einer nach der Betriebsratswahl auf über 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer angestiegenen Belegschaft auch insofern kein Nachteil, als dem Betriebsobmann dann die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte nach §§ 99 ff und 111 ff zustehen [2].

Dennoch kann ein Betriebsrat eine Belegschaft nicht in der vom Gesetzgeber gewollten Weise betreuen,

---

1) GALPERIN-LÖWISCH, § 38 Anm. 7;
DIETZ-RICHARDI, § 38 Anm. 8;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 38 Anm. 9a;
a.A. FRAUENKRON, § 38 Anm. 10

2) ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 9 Anm. 3;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 9 Anm. 10;
DIETZ-RICHARDI, § 9 Anm. 13

wenn er nicht die in § 9 zwingend vorgeschriebene Zahl von Mitgliedern hat. In Betrieben, deren Belegschaft nach der Wahl auf über 20 Arbeitnehmer ansteigt, sieht man das schon daran, daß die Minderheitsgruppe - entgegen der zwingenden gesetzlichen Vorschrift des § 10 - im Betriebsrat nicht vertreten ist. Es muß deshalb untersucht werden, wie erreicht werden kann, daß die Zahl der Betriebsratsmitglieder auch beim Anwachsen der Belegschaft nach der Betriebsratswahl so wenig und so kurz wie möglich von den in § 9 vorgeschriebenen Zahlen abweicht.

Am besten zu lösen wäre das Problem, wenn der Betriebsrat durch das Nachrücken von je zwei Ersatzmitgliedern vergrößert werden würde, sobald die gewachsene Zahl der Regelbelegschaft dies erfordern würde. Das Nachrücken von Ersatzmitgliedern ist gem. § 25 I jedoch nur möglich, wenn ein Mitglied des Betriebsrats endgültig ausscheidet oder wenn es zeitweilig verhindert ist. Diese Aufzählung ist erschöpfend [1] und enthält zwingendes Recht [2]. Ein Nachrücken von Ersatzmitgliedern zur Vergrößerung des Betriebsrats ist daher nicht möglich.

Die der Größe der Belegschaft gem. § 9 entsprechende Größe könnte der Betriebsrat aber dadurch erreichen, daß der Betriebsrat gem. § 13 II Ziff. 3 mit der Mehrheit seiner Mitglieder seinen Rücktritt beschließt. Die Gründe für seinen Rücktritt sind

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 25 Anm. 1;
BRECHT, § 25 Anm. 2

2) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 25 Anm. 4

unerheblich [1]; er darf auch zurücktreten, um eine Neuwahl zu erzwingen [2]. Rechtliche Nachteile hat der Rücktritt für die Belegschaft nicht, da der Rücktritt das Amt des Betriebsrats nicht sofort beendet, sondern bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses des neugewählten Betriebsrates die Geschäfte weiterführt (§ 22). Der praktische Nachteil dieser Lösung zur Vergrößerung des Betriebsrats besteht für die Belegschaft darin, daß sie den Betriebsrat - auch durch eine Betriebsversammlung - nicht zum Rücktritt zwingen kann [3].

Tritt der Betriebsrat nicht freiwillig zurück, müssen die Arbeitnehmer bis zur gesetzlich bestimmten Neuwahl des Betriebsrats warten. Diese findet gem. § 13 II Ziff. 1 nach Ablauf von 18 Monaten, vom Tag der Wahl an gerechnet, statt, wenn die Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer um die Hälfte, mindestens aber um 50 gestiegen oder gesunken ist. Wurde der erste Betriebsrat außerhalb des für regelmäßige Betriebsratswahlen festgelegten Zeitraums gewählt, so kann die Neuwahl des Betriebsrats möglicherweise schon eher, frühestens jedoch ein Jahr nach der Wahl des ersten Betriebsrats stattfinden. Das ist gem. § 13 III dann der Fall, wenn diese Wahl zwischen 18 und 12 Monaten vor dem für die regelmäßigen Betriebsratswahlen festgelegten Zeitraum stattgefunden hat.

---

1) LAG Hamm, AP Nr. 1 zu § 15;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 13 Anm. 28;
DIETZ-RICHARDI, § 13 Anm. 28;
BRECHT, § 13 Anm. 15

2) FITTING-AUFFARTH-KAISER, a.a.O.

3) DIETZ-RICHARDI, Vorbem. § 42 Anm. 2;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 42 Anm. 7;
GALPERIN-LÖWISCH, § 42 Anm. 1

2) Verteilung der Betriebsratssitze auf die Gruppen

Zur Vorbereitung des Wahlausschreibens muß der Wahlvorstand weiter die Verteilung der Betriebsratssitze auf die Gruppen gem. §§ 10 BetrVG i. V.m. 5 WO berechnen. Bezüglich der sich dabei ergebenden allgemeinen Fragen wird auf die einschlägigen Kommentare verwiesen.

Für Betriebsratswahlen schon kurz nach der Entstehung des Betriebs kann besonders problematisch sein, daß Grundlage für die Verteilung der Betriebsratssitze auf die Gruppen nicht - wie bei der Berechnung der Zahl der Betriebsratsmitglieder - die regelmäßige, sondern die tatsächliche Zahl der Gruppenangehörigen bei Erlaß des Wahlausschreibens ist. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des §§ 10 BetrVG i.V.m. 5 WO. Soweit ersichtlich wird das in Rechtsprechung und Literatur auch nicht mehr [1] in Frage gestellt [2].

Das Problem, das sich aus dem Abstellen allein auf die tatsächliche Zahl der Arbeiter und Angestellten bei der Berechnung der gruppenmäßigen Zusammensetzung des Betriebsrats ergeben kann, wird an folgendem Beispiel deutlich: Ein Unternehmen errichtet einen neuen Betrieb, dessen eine Betriebsabteilung mit 100 Arbeitnehmern im Sinne des BetrVG eine Produktionsabteilung, die andere ein Forschungszentrum mit 30 Arbeitnehmern im Sinne des BetrVG werden soll. Wie oben dargelegt [3], bestehen trotz der verschiedenen arbeitstechnischen Zwecke beider

---

1) Seit RAG 13, 428

2) Vgl. DIETZ-RICHARDI, § 10 Anm. 11 m.w.N.

3) Vgl. oben A I 1

Abteilungen keine Bedenken gegen die Annahme nur eines Betriebs, wenn beide Abteilungen eine organisatorische Einheit bilden. Wegen des unterschiedlichen arbeitstechnischen Zwecks wird innerhalb der Produktionsabteilung die Zahl der Arbeiter, im Forschungszentrum die Zahl der Angestellten überwiegen. Wenn nun das Forschungszentrum einige Wochen vor der Produktionsabteilung seine Arbeit aufnehmen würde, würde schon damit der Betrieb zu bestehen beginnen [1]. Die Arbeitnehmer dieser Betriebsabteilung könnten sofort eine Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstands einberufen. Wenn der Wahlvorstand sein Wahlausschreiben noch vor der Einstellung der Arbeiter für die Produktionsabteilung erlassen würde, müßte er für die gruppenmäßige Verteilung der Betriebsratssitze für den ganzen Betrieb auch dann nur von den Arbeitnehmern des Forschungszentrums (und somit von einer Mehrzahl von Angestellten) ausgehen, wenn er wüßte , daß wegen der bevorstehenden Arbeitsaufnahme der Produktionsabteilung nur wenige Tage später eine große Zahl von Arbeitern eingestellt werden würde, die zu einer ganz anderen Verteilung der Betriebsratssitze führen würde, würde man sie berücksichtigen. Diese nur einige Tage nach Erlaß des Wahlausschreibens zur Belegschaft gehörenden Arbeiter müßten jedoch gleichzeitig bei der Zahl der Regelbeschäftigten und somit bei der Berechnung der Zahl der Betriebsratsmitglieder berücksichtigt werden [2]. Der Betriebsrat müßte sie gem. § 4 III 2 WO auch nachträglich in die Wählerliste aufnehmen, so daß die Arbeiter wahlberechtigt und u.U. auch wählbar sein würden.

---

1) Vgl. oben A I 4

2) Vgl. oben A I 4

Wenn man sich vor Augen führt, daß die Belegschaft dann mindestens ein Jahr lang (§ 13 III) von einem Betriebsrat vertreten wird, der in seiner Zusammensetzung der Belegschaft auch nicht annähernd entspricht, nur weil das Wahlausschreiben zufällig ein paar Tage vor der Einstellung der überwiegenden Zahl der Arbeiter erlassen wurde, mutet dieses Ergebnis merkwürdig an. Stellt man sich weiter vor, daß das Wahlausschreiben nicht zufällig, sondern ganz bewußt vor der Einstellung der überwiegenden Zahl der Arbeiter erlassen wurde, erscheint das Ergebnis unannehmbar. Die gleiche Problematik besteht dann, wenn zwischen dem Erlaß des Wahlausschreibens und dem Tag der Betriebsratswahl eine große Zahl von Arbeitern nicht eingestellt, sondern ersatzlos entlassen wird.

Wie eben festgestellt, ist der Wahlvorstand bei der Verteilung der Betriebsratssitze auf die Gruppen gezwungen, von der tatsächlichen Zahl der Arbeiter und Angestellten am Tage des Erlasses des Wahlausschreibens auszugehen. In einem Fall wie dem hier erörterten Beispiel kommt man daher nur dann zu einem anderen, möglicherweise befriedigenderen Ergebnis, wenn der Wahlvorstand verpflichtet ist, bei der Festsetzung des Tages des Erlasses des Wahlausschreibens die weitere Einstellung sowie die voraussehbare Entlassung von Arbeitnehmern zu berücksichtigen und den Tag des Erlasses des Wahlausschreibens entsprechend hinauszuschieben.

Gem. §§ 18 I BetrVG i.V.m. 3 I 2 WO hat der Wahlvorstand das Wahlausschreiben unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 I BGB) zu erlassen. Ein sofortiger Erlaß des Wahlausschreibens ist somit nicht in allen Fällen erforderlich [1].

1) SOERGEL-HEFERMEHL, § 121 Anm. 7
PALANDT-HEINRICHS, § 121 Anm. 3
STAUDINGER-BRÜNDL-COING, § 121 Anm. 3

Beim Hinausschieben des Tages des Erlasses des Wahlausschreibens muß der Wahlvorstand aber folgendes beachten: Die Regelung des § 10, daß der Wahlvorstand bei der Verteilung der Betriebsratssitze auf die Gruppen von der tatsächlichen Zahl der Gruppenmitglieder am Tag des Erlasses des Wahlausschreibens auszugehen hat, steht in erkennbarem Gegensatz zur Regelung des § 9, daß der Wahlvorstand bei der Feststellung der Zahl der Betriebsratsmitglieder von der Zahl der in der Regel Beschäftigten auszugehen hat. Wenn der Wahlvorstand jetzt den Tag des Erlasses des Wahlausschreibens wegen einer bevorstehenden wesentlichen Veränderung der gruppenmäßigen Zusammensetzung der Belegschaft hinausschiebt, nimmt er - in einer vom Gesetzgeber grundsätzlich nicht gewollten und der Berechnung der Zahl der Regelbeschäftigten nicht ganz unähnlichen Art - auf die Feststellung der tatsächlichen Zahl der Arbeiter und Angestellten Einfluß. Deshalb darf und muß der Wahlvorstand den Tag des Erlasses des Wahlausschreibens nur zur Vermeidung sicher vorauszusehender und schwerwiegender Mißverhältnisse der Repräsentation der Gruppen im Betriebsrat hinausschieben. Das wäre der Fall, wenn zwischen dem zum Erlaß des Wahlausschreibens vorgesehenen Tag und dem vorgesehenen Wahltag mit der Einstellung oder mit der Entlassung von so vielen Arbeitnehmern zu rechnen ist, daß dadurch entweder die - im Vergleich zum vorgesehenen Tag des Erlasses des Wahlausschreibens - andere Gruppe innerhalb der Belegschaft in der Mehrheit ist oder die Sitzverteilung sich um mehr als einen Sitz für eine Gruppe ändert. Sobald diese Voraussetzungen entfallen, muß der Wahlvorstand das Wahlausschreiben sofort erlassen. In anderen Fällen wird man ein Hinausschieben der Betriebsratswahl wohl nicht zulassen können.

Die aufgestellten Voraussetzungen waren in dem hier diskutierten Beispiel erfüllt. Der Wahlvorstand wäre daher verpflichtet, den Erlaß des Wahlausschreibens hinauszuschieben, bis die überwiegende Zahl der Arbeiter eingestellt ist, d.h. ihre Tätigkeit im Betrieb tatsächlich angenommen hat.

3) Durchführung von Abstimmungen gem. § 12 I und § 14 II

Vor Erlaß des Wahlausschreibens oder spätestens zwei Wochen danach muß der Wahlvorstand gegebenenfalls Abstimmungen nach § 12 I (über eine abweichende Verteilung der Betriebsratssitze) oder nach § 14 II (über eine Gemeinschaftswahl) durchführen. Zur Durchführung dieser Abstimmungen ist der Wahlvorstand nicht verpflichtet. Sie können auch von jedem Arbeitnehmer (bei der Abstimmung nach § 14 II von jedem wahlberechtigten Arbeitnehmer) durchgeführt werden. Wegen seiner amtlichen Stellung und wegen seiner Unparteilichkeit ist der Wahlvorstand jedoch befugt, die Abstimmungen vornehmen zu lassen [1]. An der Abstimmung gem. § 12 I nehmen alle Gruppenangehörigen, an der Wahl gem. § 14 II nur die wahlberechtigten Arbeitnehmer teil [2]. Deshalb können beide Wahlgänge nicht in einer Abstimmung stattfinden, es sei denn, im Betrieb sind nur wähl-

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 12 Anm. 14, § 14 Anm. 35;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 12 Anm. 7, § 14 Anm. 7

2) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 12 Anm. 9;
DIETZ-RICHARDI, § 12 Anm. 11;
BRECHT, § 12 Anm. 10;
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 12 Anm. 4;
GALPERIN-LÖWISCH, § 12 Anm. 10;
THIELE in GK, § 12 Anm. 12

bare Arbeitnehmer beschäftigt [1]. Die Abstimmung nach § 12 I gestattet lediglich eine andere Verteilung der Betriebsratssitze, nicht die Festlegung einer anderen Betriebsratsgröße [2].

4) Errechnung der Mindestzahl der Arbeitnehmer, die Wahlvorschläge unterzeichnen müssen

Der Wahlvorstand muß errechnen, von wieviel Arbeitnehmern ein Wahlvorschlag zu unterstützen ist. Er geht dabei von § 14 V, VI aus.

Von besonderem Interesse für die Betriebsratswahl in neu errichteten Betrieben ist es, ob Mitglieder des Wahlvorstandes Wahlvorschläge [3] mit unterzeichnen dürfen. Damit eng zusammen hängt die Frage, ob Mitglieder des Wahlvorstandes Wahlkandidaten sein können. Das Bejahen beider Fragen würde die Betriebsratswahlen insbesondere in Betrieben erleichtern, die noch nicht (wesentlich) mehr als fünf in der Regel ständig beschäftigte Arbeitnehmer haben.

---

1) So ausdrücklich FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 12 Anm. 9.
Diese Einschränkung der Ablehnung einer gemeinsamen Abstimmung fehlt bei:
DIETZ-RICHARDI, § 12 Anm. 3;
BRECHT, § 12 Anm. 10;
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 12 Anm. 4;
GALPERIN-LÖWISCH, § 12 Anm. 3 und
THIELE in GK, § 12 Anm. 12.
Ihre ausnahmslose Ablehnung einer gemeinsamen Abstimmung stützen diese Kommentatoren aber alle darauf, daß die Kreise der Abstimmungsberechtigten nicht identisch sind. Ob sie bei deren Identität eine gemeinsame Abstimmung für rechtmäßig halten würden, ist nicht erkennbar.

2) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 12 Anm. 4;
DIETZ-RICHARDI, § 12 Anm. 4;
GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER, § 12 Anm. 1

3) Darunter verstehe ich im folgenden auch Vorschlagslisten

a) Mitgliedschaft im Wahlvorstand und gleichzeitig Betriebsratskandidatur

aa) Fehlen einer gesetzlichen Regelung

Die Unvereinbarkeit (Inkompatibilität) zwischen dem Amt als Mitglied des Wahlvorstands und der Betriebsratskandidatur könnte sich einmal aus dem Wortlaut des BetrVG ergeben. Weder § 8, der die Voraussetzungen der Wählbarkeit bestimmt, noch § 16, der die Voraussetzungen der Mitgliedschaft im Wahlvorstand regelt, noch eine dritte Vorschrift enthalten jedoch eine derartige Beschränkung. Der Wortlaut des BetrVG steht der Ausübung des Amtes des Wahlvorstandes und der gleichzeitigen Wahlbewerbung also nicht im Wege.

bb) Wille des Gesetzgebers

Das Fehlen einer derartigen Regelung im BetrVG könnte aber eine Gesetzeslücke sein, die im Wege der Rechtsfortbildung aufgrund allgemeiner Grundsätze des Wahlrechts auszufüllen wäre. Das würde voraussetzen, daß der Gesetzgeber dieses Problem entweder nicht gesehen oder es bewußt offengelassen hat.

Auszugehen ist von der Entstehungsgeschichte des BetrVG 1972. Im Anschluß an das BPersVG 1955 ergingen Personalvertretungsgesetze der Länder, die teilweise eine ausdrückliche gesetzliche Regelung im Sinne der Unvereinbarkeit der Mitgliedschaft im Wahlvorstand und der gleichzeitigen Personalratskandidatur enthielten [1]. Schon deshalb

1) Vgl. § 10 III Nr. 4 PersVG Berlin; § 10 II Buchstabe c PersVG Hamburg; § 10 II Buchstabe C PersVG Niedersachsen; § 11 V WO zum PersVG Schleswig-Holstein

mußte dem Gesetzgeber des BetrVG 1972 dieses Problem bekannt sein. Nimmt man hinzu, daß nach § 54 III des Entwurfs eines Gesetzes für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb und Unternehmen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion vom Februar 1971 [1] bestimmt werden sollte, "Kandidaten für die Betriebsratswahl sollen nicht zum Wahlvorstand bestellt werden", wird die Kenntnis dieses Problems durch den Gesetzgeber zur Gewißheit.

Zu beachten ist weiter, daß das BVerwG in seiner Entscheidung vom 12.1.62 [2] zu der inhaltsgleichen Bestimmung über die Wählbarkeitsvoraussetzungen zum Personalrat dahin erkannt hat, daß auch Mitglieder des Wahlvorstandes zum Personalrat gewählt werden können. Schließlich ging auch das BAG in seiner Entscheidung vom 28.2.58 [3] in einem Nebensatz von der Vereinbarkeit des Amtes als Wahlvorstand und der gleichzeitigen Betriebsratskandidatur aus. Angesichts dieser Entscheidungen und dem Wunsch des Gesetzgebers des BetrVG 1972, eine umfassende gesetzliche Regelung des Betriebsverfassungsrechts treffen zu wollen [4], kann man das gesetzgeberische Schweigen nicht dahin verstehen, daß er dieses Problem offenlassen wollte. Es ist vielmehr dahin auszulegen, daß er die Möglichkeit eines Interessenkonflikts in Kauf genommen hat. Sein Schweigen bedeutet also, daß eine Unvereinbarkeit des Amtes als Wahlvorstand mit der gleichzeitigen

---

1) BT-Drucksache VI/1806

2) BVerwGE 13, 296 = AP Nr. 6 zu § 10 PersVG 55

3) BAG, AP Nr. 1 zu § 29 BetrVG

4) BAG, Beschl. v. 12.10.76, DB 77, 356= BB 77, 243

Betriebsratskandidatur gesetzlich nicht geboten ist. Eine Gesetzeslücke besteht somit nicht.

cc) Allgemeine Grundsätze des Wahlrechts

Zu prüfen ist weiter, ob allgemeine Grundsätze des Wahlrechts der Vereinbarkeit des Amtes als Wahlvorstand mit der Betriebsratskandidatur entgegenstehen. Das wäre der Fall, wenn der Wahlvorstand eine so starke Machtstellung hätte, daß an seine Unparteilichkeit sehr hohe Anforderungen gestellt werden müßten. Eine derartige Machtstellung hätte er, wenn er durch seine Entscheidungsgewalt das Wahlergebnis maßgeblich mitbeeinflussen könnte und seine Beschlüsse verbindlich in dem Sinne wären, daß sie nicht oder nur zusammen mit dem Wahlergebnis anfechtbar wären.

Gem. § 18 I 1 hat der Wahlvorstand die Wahl einzuleiten, sie durchzuführen und das Wahlergebnis festzustellen. Dabei hat er sich an die WO zu halten. Diese schreibt ihm vor, wann und was er zu tun hat. Er hat dabei keinen Ermessensspielraum im Hinblick darauf, wer gewählt wird. Aber auch bei anderen Fragen hat er kaum einen Ermessensspielraum. Dem BAG [1] ist daher zuzustimmen, wenn es daraus schließt, die WO regle das Wahlverfahren "eingehend im Sinne einer Formalisierung". Der Wahlvorstand hat deshalb keinen erheblichen Einfluß auf die Einleitung und Durchführung der Wahl.

Zudem wird die Macht des Wahlvorstands dadurch stark begrenzt, daß eine nicht ordnungsgemäß durchgeführte Betriebsratswahl nicht nur im nachhinein

---

1) BAG, Beschl. v. 12.10.76, DB 77, 356 = BB 77, 243

gem. § 19 anfechtbar ist, sondern daß einzelne Maßnahmen des Wahlvorstands schon vor Abschluß der Betriebsratswahl selbständig angefochten werden können [1]. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß jeder Arbeitnehmer, der durch eine Maßnahme des Wahlvorstandes in seinem aktiven oder passiven Wahlrecht betroffen wird, diese Maßnahme selbständig (auch mittels einer einstweiligen Verfügung) anfechten kann [2].

Wegen des nur unerheblichen Einflusses des Wahlvorstandes auf die Einleitung und die Durchführung der Wahl und wegen der Möglichkeit, den Wahlvorstand bei der Ausübung seiner Tätigkeit ständig zu kontrollieren, ist die Gefahr einer mißbräuchlichen Ausnutzung seiner Amtsstellung zur Wahrnehmung eigener Interessen weitgehend ausgeräumt. An seine Unparteilichkeit müssen daher keine so hohen Anforderungen gestellt werden, daß seine Mitglieder nicht gleichzeitig Wahlbewerber sein können.

Auch allgemeine Grundsätze des Wahlrechts gebieten somit nicht eine Inkompatibilität zwischen der Mitgliedschaft im Wahlvorstand und der gleichzeitigen Wahlbewerbung.

dd) Lage der Kleinbetriebe

Schließlich ist zu beachten, daß eine Inkompatibilität zwischen der Mitgliedschaft im Wahlvorstand und der gleichzeitigen Wahlbewerbung in

---

1) BAG, AP Nr. 1 zu § 14 = DB 73, 2052;
BAG, Beschl. v. 12.10.76, DB 77, 356 = BB 77, 243

2) BAG, AP Nr. 1 zu § 14;
LAG Bad.-Württ., Kammern Mannheim, BB 76, 1318;
vgl. im einzelnen unten E I, II

kleinen Betrieben zu Schwierigkeiten führt, da im allgemeinen nur ein begrenzter Kreis von Arbeitnehmern bereit ist, betriebsverfassungsrechtliche Funktionen zu übernehmen.

ee) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzustellen, daß ein Mitglied des Wahlvorstandes zugleich Wahlbewerber für die Betriebsratswahl sein kann. [1]

b) Unterzeichnung der Wahlvorschläge durch Mitglieder des Wahlvorstandes

aa) Fehlen einer gesetzlichen Regelung

Ein Verbot für Wahlvorstandsmitglieder, Wahlvorschläge zu unterzeichnen, könnte sich einmal aus dem Wortlaut des BetrVG oder der WO ergeben. Weder

---

1) Ebenso: BAG, Beschl. v. 12.10.76, DB 77, 356 = BB 77, 243;
LAG Bad.-Württ., Kammern Mannheim, Beschl. v. 29.8.75, BB 76, 1318;
LAG Bremen, Beschl. v. 25.9.75, BB 76, 1414;
LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 23.10.75, BB 76, 1414;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 16 Anm. 13;
BRECHT, § 16 Anm. 8;
THIELE in GK, § 14 Anm. 56;
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 16 Anm. 4;
HABERKORN, BB 68, 87f;
anderer Ansicht:
ArbG Ludwigshafen/Mainz, Beschl. v. 23.5.75, BB 76, 1175;
ArbG Hanau, Beschl. v. 21.7.76, BB 76, 1175;
DIETZ-RICHARDI, § 16 Anm. 32;
GALPERIN-LÖWISCH, § 14 Anm. 52

die §§ 16 und 14 BetrVG noch die WO enthalten jedoch ein derartiges Verbot. Vom Wortlaut des Gesetzes her bestehen also keine Bedenken dagegen, daß WV-Mitglieder Wahlvorschläge unterzeichnen.

bb) Wille des Gesetzgebers

Das Fehlen eines solchen Verbots im Gesetz könnte auch auf eine Gesetzeslücke zurückzuführen sein. Man wird allerdings nicht davon ausgehen können, daß dem Gesetzgeber des BetrVG 1972 dieses Problem unbekannt war. Denn zum einen ist es schon vor 1972 in der Literatur erkannt und kontrovers diskutiert worden [1]. Zum anderen war zu dieser Frage schon 1958 eine Entscheidung des BAG [2] ergangen.

Darin hat das BAG die Unterzeichnung von Wahlvorschlägen durch Mitglieder des Wahlvorstandes für rechtswidrig erkannt. Dieser Entscheidung lag zwar im wesentlichen die rheinland-pfälzische Landesverordnung über die Errichtung und die Tätigkeit von Betriebsräten vom 15.5.1947 [3] zugrunde, die dem Wahlvorstand weitgehend Ermessensentscheidungen einräumte. Trotz des Wunsches des Gesetzgebers des BetrVG 1972, eine umfassende gesetzliche Regelung des Betriebsverfassungsrechts treffen zu wollen, wird man sein Schweigen in der Frage der Unterzeichnung von Wahlvorschlägen durch Wahlvorstandsmitglieder wegen dieser Entscheidung des BAG aber nicht ohne weiteres dahin interpretieren können, daß er die Unterzeichnung von Wahlvorschlägen durch Wahlvorstandsmitglieder wegen dieser

1) Für Unterzeichnungsverbot für Mitglieder des Wahlvorstands:
a) GALPERIN-SIEBERT, § 13 Anm. 23;
b) DIETZ, 4. Aufl., § 15 Anm. 8
Gegen Unterzeichnungsverbot für Mitglieder des Wahlvorstands:
FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH, 9. Aufl., § 15 Anm. 12

2) BAG, AP Nr. 3 zu § 18 BetrVG 1952

3) VOBl. Rheinland-Pfalz, S. 258

Entscheidung des BAG aber nicht ohne weiteres dahin interpretieren können, daß er die Unterzeichnung von Wahlvorschlägen durch Wahlvorstandsmitglieder für rechtmäßig gehalten hat. Nicht auszuschließen ist die Möglichkeit, daß er dieses Problem bewußt offengelassen hat.

cc) Bedenken aus § 7 II 2 WO

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Unterzeichnung der Wahlvorschläge durch Wahlvorstandsmitglieder können vor allem wegen § 7 II 2 WO bestehen. Danach hat der Wahlvorstand die eingereichten Wahlvorschläge zu prüfen [1]. Würde man an die Neutralität des Wahlvorstands hohe Anforderungen stellen müssen, so dürfte man seinen Mitgliedern wegen dieser Prüfung nicht gestatten, bestimmte Wahlvorschläge durch ihre Unterschrift zu unterstützen.

Wie schon oben [2] dargelegt, hat der Wahlvorstand keinen Ermessensspielraum im Hinblick darauf, wer gewählt wird, da die WO ihm genau vorschreibt, wann und was er zu tun hat. Schon deshalb sind an seine Neutralität keine hohen Anforderungen zu stellen. Hinzu kommt die leichte Nachprüfbarkeit seiner einzelnen Entscheidungen [3]. Bedenken gegen die Unterzeichnung der Wahlvorschläge durch Wahlvorstandsmitglieder wegen § 7 II 2 WO oder wegen anderer Vorschriften der WO bestehen also nicht.

---

1) Worauf sich diese Prüfung erstreckt, ergibt sich aus § 8 WO.

2) Vgl. oben C II 4 a, cc

3) Vgl. im einzelnen unten E I, II

dd) Lage der Kleinbetriebe

Für die Zulässigkeit der Unterzeichnung der Wahlvorschläge durch Mitglieder des Wahlvorstands spricht - ebenso wie für die Zulässigkeit der Betriebsratskandidatur der Wahlvorstandsmitglieder - weiter die Lage der Kleinbetriebe. Da der Wahlvorstand auch in Betrieben mit nur fünf Wahlberechtigten aus drei Wahlberechtigten besteht, ein Wahlvorschlag auch in diesem Betrieb der Unterschrift von drei Wahlberechtigten bedarf, wäre in diesen Betrieben entgegen dem gesetzgeberischen Willen (§ 1 !) die Betriebsratswahl unmöglich, es sei denn, daß in diesen Betrieben kein Betriebsrat besteht. In diesem Fall ist nämlich gem. § 14 VII eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft berechtigt, Wahlvorschläge zu machen, die nicht der Unterschrift wahlberechtigter Arbeitnehmer bedürfen.

ee) Ergebnis

Um Betriebsratswahlen in Kleinbetrieben nicht allzu sehr zu erschweren (bzw. überhaupt zu ermöglichen), müssen Wahlvorstandsmitglieder somit allgemein berechtigt sein, Wahlvorschläge zu unterschreiben [1].

---

1) Für Unterzeichnungsverbot für Mitglieder des Wahlvorstands:
a) DIETZ-RICHARDI, § 16 Anm. 32;
b) RICHARDI, DB 72, 488
Gegen Unterzeichnungsverbot für Mitglieder des Wahlvorstands:
a) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 16 Anm. 13;
b) BRECHT, § 16 Anm. 8;
c) THIELE in GK, § 14 Anm. 16;
d) GALPERIN-LÖWISCH, § 14 Anm. 49;
vgl. auch LAG Berlin, Beschl. v. 26.3.62, DB 62, 1148

5) Sonstige Entscheidungen zur Vorbereitung des Wahlausschreibens

Zur Vorbereitung des Wahlausschreibens muß der Wahlvorstand weiter beschließen, wann und wo Wahlvorschläge einzureichen sind und wo sie ausgelegt werden sollen (§§ 6 - 10 WO). Besondere Schwierigkeiten bei neu errichteten Betrieben sind in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich. Auch bei dem Beschluß,ob für Betriebsteile oder Nebenbetriebe, die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt liegen, schriftliche Stimmabgabe erforderlich ist (§ 26 III WO), sind keine besonderen Probleme erkennbar. Schließlich hat der Wahlvorstand noch den Ort, den Tag und die Zeit der Stimmabgabe festzulegen. In Betrieben, deren Belegschaft nach der in § 17 bezeichneten Betriebsversammlung noch stark wächst, ist dabei das oben unter C II 2 Gesagte zu beachten.

Aufgrund dieser Entscheidungen fertigt der Wahlvorstand das Wahlausschreiben an, mit dessen Erlaß die Wahl "eingeleitet" ist.

III Durchführung der Betriebsratswahl

Die Durchführung der ersten Betriebsratswahl in einem neu errichteten Betrieb begegnet - soweit ersichtlich - keinen besonderen Schwierigkeiten. Nach Erlaß des Wahlausschreibens hat der Wahlvorstand über Einsprüche gegen die Richtigkeit der Wählerliste zu entscheiden (vgl. § 4 I, II WO) und bis zum Tag vor dem ersten Tag der Stimmabgabe hat er neu in den Betrieb gekommene Arbeitnehmer noch in die Wählerliste einzutragen (vgl. § 4 II WO).

Außerdem hat er Wahlvorschläge entgegenzunehmen und festzustellen, ob sie ordnungsgemäß zustandegekommen und fristgerecht eingereicht sind (§§ 6 - 9 WO). Danach hat er gem. § 10 WO die Reihenfolge der eingereichten Vorschlagslisten auszulosen und sie bekanntzumachen. Schließlich hat er Stimmzettel, Wahlumschläge und Wahlurnen zu besorgen und die Stimmabgabe zu überwachen (§ 12 WO).

Vor Ablauf einer Woche nach dem Wahltag (genauer: nach dem letzten Tag der Stimmabgabe) hat der Wahlvorstand gem. § 29 I 1 die neugewählten Mitglieder des Betriebsrats zur konstituierenden Sitzung einzuberufen. Wie sich aus dem Wortlaut des § 29 I 1 ergibt, hat der Wahlvorstand innerhalb der Wochenfrist den Betriebsrat lediglich einzuberufen; nicht erforderlich ist dagegen, daß die Sitzung selbst schon in dieser Zeit stattfindet [1].

Aus dem Recht des Wahlvorstands, die erste Sitzung des Betriebsrats einzuberufen, kann nicht auf das Recht aller Mitglieder des Wahlvorstands geschlossen werden, an dieser Sitzung teilzunehmen. Dieses Recht hat vielmehr nur der Vorsitzende des Wahlvorstands [2]. Gem. § 29 I 2 hat er die Sitzung zu leiten, bis der Betriebsrat aus seiner Mitte einen Wahlleiter bestellt hat. Sobald der Wahlleiter gewählt ist, endet die Berechtigung des Vorsitzenden des Wahlvorstands, die konstituierende Sitzung zu leiten und an ihr teilzunehmen [3]. Findet die Wahl

---

1) DIETZ-RICHARDI, § 29 Anm. 5;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 29 Anm. 10;
a.A.: ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 29 Anm. 3;
WIESE in GK, § 29 Anm. 6

2) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 29 Anm. 7

3) BAG, AP Nr. 1 zu § 29;
GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER, § 29 Anm. 4;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 29 Anm. 16

des Betriebsratsvorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden trotzdem unter der Leitung des Vorsitzenden des Wahlvorstands statt, so ist sie (= die Wahl des Betriebsratsvorsitzenden, nicht die Betriebsratswahl selbst [1]) anfechtbar [2]. Mit der Wahl des Wahlleiters sind also die Aufgaben des Wahlvorstands beendet.

Nach der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters hat sich der Betriebsrat schließlich konstituiert. Damit ist auch die konstituierende Sitzung beendet.

---

1) BAG, AP Nr. 13 zu § 18

2) Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 29

D Schutz der Wahlbewerber und der Mitglieder des Wahlvorstands

Betriebsratswahlen dürfen weder behindert noch in unzulässiger Weise beeinflußt werden (§ 20). Deshalb ist ein besonderer Kündigungsschutz für Mitglieder des Wahlvorstands und Wahlbewerber geschaffen worden. Bis sechs Monate nach der Bekanntgabe des Wahlergebnisses ist gem. § 15 III KSchG die ordentliche Kündigung dieser Arbeitnehmer unzulässig [1]. Darüberhinaus ist nach dieser Vorschrift auch die außerordentliche Kündigung dieser Arbeitnehmer bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, der Betriebsrat hat der Kündigung zugestimmt oder - falls der Betriebsrat seine Zustimmung versagt hat - das Arbeitsgericht hat die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt.

I Zustimmung des Arbeitsgerichtes, wenn der Arbeitgeber in einem Betrieb ohne Betriebsrat Wahlbewerbern oder Mitgliedern des Wahlvorstands aus wichtigem Grund kündigt

1) Schweigen des Gesetzes

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob der Arbeitgeber die Zustimmung des Arbeitsgerichts braucht, wenn er in einem Betrieb, in dem noch kein Betriebsrat besteht, Mitgliedern des Wahlvorstands oder Wahlbewerbern aus wichtigem Grund kündigt.

---

1) Eine gleichwohl ausgesprochene Kündigung ist schlechthin nichtig. Es bedarf also keiner Feststellungsklage nach § 4 KSchG, vielmehr liegt ein sonstiger Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 13 III KSchG vor (h.M., vgl. HUECK-HUECK, § 15 Anm. 36 m.w.N.)

Daraus folgert KRAFT [1], das Zustimmungserfordernis entfalle bei Nichtbestehen des Betriebsrats "naturgemäß". Dieser Schluß wäre richtig, wenn das Schweigen des Gesetzgebers ein bewußtes wäre. Dann hätte der Gesetzgeber die Ausnahmefälle, in denen die Kündigung der Zustimmung des Betriebsrats bzw. des Arbeitsgerichts bedarf, abschließend geregelt; in allen anderen Fällen wäre die Wirksamkeit der Kündigung nicht von der Zustimmung des Betriebsrats bzw. des Arbeitsgerichts abhängig. Der Schluß Krafts wäre jedoch falsch, wenn es sich bei dem Schweigen des Gesetzgebers um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes handeln würde [2]. Das wäre der Fall, wenn der Gesetzgeber die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung aller Wahlbewerber und Wahlvorstandsmitglieder von der Zustimmung des Betriebsrats oder des Arbeitsgerichts hätte abhängig machen wollen, er das Gesetz aber so formuliert hat, daß die Wirksamkeit der Kündigung dieser Personengruppe dann keiner Zustimmung bedarf, wenn noch kein Betriebsrat besteht.

2) Wille des Gesetzgebers

Wie sich aus der Begründung zum Regierungsentwurf des BetrVG 1972 [3] ergibt, gilt der Kündigungsschutz des § 103 auch für Wahlbewerber und Mitglie-

---

1) KRAFT in GK, § 103 Anm. 8;
ebenso: BRECHT, § 103, Anm. 3

2) Da das gesetzgeberische Schweigen nicht unbedingt einen Verzicht auf das Erfordernis der Zustimmung bedeuten muß, ist es in jedem Fall falsch, wenn KRAFT meint, aufgrund des Schweigens des Gesetzgebers entfalle das Erfordernis der Zustimmung "naturgemäß".

3) BT-Drucksache VI/1786, S. 53, § 103, 1. Absatz

der des Wahlvorstands, weil dieser Personenkreis im Hinblick auf mögliche Interessenkonflikte mit dem Arbeitgeber in ähnlicher Weise schutzbedürftig erscheint wie die Mitglieder des Betriebsrats selbst. Es sollte verhindert werden, daß der Arbeitgeber ihm nicht genehme Wahlbewerber und Mitglieder des Wahlvorstands durch willkürliche außerordentliche Kündigungen aus dem Betrieb entfernt und er durch Ausnutzung der Rechtsmittel das Verfahren so lange verschleppt, daß der betroffene Arbeitnehmer dem Betrieb entfremdet wird.

Die Zustimmung des Arbeitsgerichts zur außerordentlichen Kündigung dieser Arbeitnehmer ist gem. § 103 II 1 zwar nur für den Fall vorgesehen, daß vorher der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert hat. Wie aus der Begründung des Regierungsentwurfs des BetrVG 1972 ersichtlich wird [1], hat der Gesetzgeber damit auch nur einer grundlosen Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer außerordentlichen Kündigung dieser Arbeitnehmer vorbeugen wollen. Der Schluß, man verstieße gegen den Willen des Gesetzgebers, wenn man die Zustimmung des Arbeitsgerichts auch zu einem anderen als dem Fall verlangt, den der Gesetzgeber im Auge gehabt hat, wäre jedoch voreilig. Wie nämlich aus der Begründung des Regierungsentwurfs weiter hervorgeht, hat der Gesetzgeber den Fall, daß bei der außerordentlichen Kündigung dieser Arbeitnehmer noch gar kein Betriebsrat besteht, ganz übersehen.

Die obigen Erwägungen zur Schutzbedürftigkeit der Wahlbewerber und der Mitglieder des Wahlvorstands gelten über den ausdrücklich erfaßten Fall des vor-

---

1) BT-Drucksache, a.a.O., § 103, 2. Absatz

handenen Betriebsrats hinaus auch dann, wenn erstmals ein Betriebsrat gewählt werden soll. Gerade in einem solchen Fall muß die ungestörte Übernahme und die ununterbrochene tatsächliche Ausübung des betriebsverfassungsrechtlichen Amtes des Wahlvorstands sowie die ungestörte Wahlbewerbung gewährleistet sein. Zu beachten ist weiter, daß die Förderung der Bildung von Betriebsvertretungen ein besonderes Anliegen des Gesetzgebers des BetrVG 1972 gewesen ist. Das wird beispielsweise an den Vorschriften des §§ 14 VII, 16 II und 17 BetrVG erkennbar.

Daraus folgt, daß das Schweigen des Gesetzgebers zur Zustimmung der außerordentlichen Kündigung gegenüber Wahlbewerbern und Wahlvorstandsmitgliedern beim Nichtbestehen des Betriebsrats eine planwidrige Unvollständigkeit ist. Das Zustimmungserfordernis entfällt nicht deshalb, weil ein Betriebsrat fehlt und erst noch gebildet werden soll. Die vom Gesetzgeber für den Fall der Nichterlangung der Zustimmung des Betriebsrats vorgesehene Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht ist auch für diesen Fall anzuwenden [1].

Zum selben Schluß kommt man, wenn man die Verweisung in § 15 III 1 KSchG auf § 103 anders (nicht so weitgehend) versteht als sie allgemein verstanden wird und als sie oben [2] verstanden wurde. In § 15 III 1 KSchG heißt es, die außerordentliche

---

1) Ebenso: LEPKE, BB 73, 894 (895);
LAG Frankfurt, Urteil v. 27.2.73, DB 73, 1607;
DIETZ-RICHARDI, § 103 Anm. 21;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 103 Anm. 11

2) Vgl. oben D I 1

Kündigung sei unzulässig, es sei denn, "daß die nach § 103 des BetrVG ... erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt ist". Der Wortlaut des § 15 III 1 KSchG sieht - anders als der Wortlaut des § 103 - die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats durch das Arbeitsgericht somit nicht nur für den Fall vor, daß der Betriebsrat die Zustimmung verweigert. Vielmehr ist danach die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats durch das Arbeitsgericht in allen Fällen möglich und für die außerordentliche Kündigung notwendig, in denen der Betriebsrat der Kündigung nicht zugestimmt hat.

3) Gegenargumente

Gegen diesen Schluß kann nicht eingewandt werden, daß die betroffenen Arbeitnehmer im Wege der einstweiligen Verfügung ihre Weiterbeschäftigung oder wenigstens im Wege der einstweiligen Anordnung im Beschlußverfahren die Fortführung ihrer Wahlbewerbung bzw. ihres Amtes als Wahlvorstand durchsetzen könnten. Einmal ist schon die Zulässigkeit derartiger einstweiliger Regelungen höchst fraglich [1]. Zum anderen würde aber auch mit einer derartigen Regelung das in den §§ 103 BetrVG, 15 KSchG zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Ziel, die Kontinuität des Wahlverfahrens zu sichern, nicht erreicht werden. Da nämlich außerordentliche Kündigungen sofort wirksam werden, müßte der davon betroffene Arbeitnehmer vorübergehend aus dem Betrieb ausscheiden und damit zunächst einmal aus dem Wahlvorstand ausscheiden bzw. seine Wahlkandidatur aufgeben, bis das Arbeitsgericht seinem Antrag auf Erlaß

1) Vgl. FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 25 Anm. 17 m.w.N.

einer einstweiligen Regelung stattgegeben hat. Somit kann diese Möglichkeit der unbedingten Zustimmungsbedürftigkeit der außerordentlichen Kündigung von Wahlbewerbern und Mitgliedern des Wahlvorstands nicht entgegengehalten werden.

Dem unbedingten Zustimmungserfordernis kann auch nicht entgegengehalten werden, die Wahlbewerber und die Mitglieder des Wahlvorstands würden durch § 20 I hinreichend geschützt. Zwar verbietet diese Vorschrift Kündigungen, die aus Anlaß einer Betriebsratswahl zu dem Zweck ausgesprochen werden, bestimmte Arbeitnehmer vom aktiven oder passiven Wahlrecht auszuschließen oder die Wahl sonst zu erschweren [1]. Wie das BAG [2] richtig darlegt, schützt diese Vorschrift die betroffenen Arbeitnehmer aber nicht besonders wirkungsvoll. Der Grund dafür liegt vor allem darin, daß der betroffene Arbeitnehmer für die Verletzung dieser Vorschrift beweispflichtig ist [3].

Speziell zum Erfordernis der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung von Mitgliedern des Wahlvorstands und von Wahlbewerbern, die nicht gewählt werden, ist zu bemerken, daß dadurch die Interessen des Arbeitgebers kaum berührt werden. Denn schon nach der Bekanntgabe des Wahlergebnisses kann er diesen Arbeitnehmern ohne Zustimmung des Betriebsrats oder des Arbeitsgerichts kündigen.

Es bestehen also keine entscheidenden Einwände dagegen, auch beim Nichtbestehen eines Betriebsrats

---

1) Vgl. GALPERIN-LÖWISCH, § 20 Anm. 15;
DIETZ-RICHARDI, § 20 Anm. 7

2) BAG, Urteil v. 12.8.76, BB 76, 1415 (1416)

3) Vgl. auch DIETZ-RICHARDI, a.a.O.

die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung von Wahlbewerbern und Mitgliedern des Wahlvorstands von der Zustimmung des Arbeitsgerichts abhängig zu machen.

4) Zwischenergebnis

Damit steht fest: Kündigt ein Arbeitgeber in einem Betrieb, in dem noch kein Betriebsrat besteht, einem Wahlbewerber oder einem Mitglied des Wahlvorstands aus wichtigem Grund, so ist die Kündigung nur wirksam, wenn das Arbeitsgericht zugestimmt hat [1]. Eine derartige Kündigung ohne die Zustimmung des Arbeitsgerichts ist wegen Gesetzesverstoßes (134 BGB) nichtig.

5) Wirksamkeit einer derartigen vor Rechtskraft der Zustimmung des Arbeitsgerichts ausgesprochenen Kündigung

Zu prüfen ist weiter, ob der Arbeitgeber eine derartige Kündigung erst dann wirksam aussprechen kann, wenn die Zustimmung des Arbeitsgerichts rechtskräftig geworden ist, oder ob er die Kündigung schon aufgrund einer noch nicht rechtskräftigen Zustimmung des Arbeitsgerichts erklären kann. Nach der ersten Meinung [2] ist eine vor Eintritt der Rechtskraft des

---

1) So die h.M., vgl.
BAG, Urteil v. 12.8.76, BB 76, 1415 f;
LAG, Frankfurt, Urteil v. 27.2.73, DB 73, 1607;
ArbG Hamburg, Urteil v. 13.10.75, BB 75, 1530;
DIETZ-RICHARDI, § 103 Anm. 21;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 103 Anm. 11;
GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER, § 103 Anm. 1;
LEPKE, BB 73, 894 (895);
ROHLFING-REWOLLE, KSchG § 15 Nr. 3

2) H.M., vgl. BAG, Urteil v. 11.11.76, DB 77, 1190 = BB 77, 895, unter B I 3 der Entscheidungsgründe

zustimmenden Beschlusses ausgesprochene Kündigung unheilbar nichtig. Nach der zweiten Meinung ist eine solche Kündigung zulässig. Hinsichtlich der Wirkung einer solchen Kündigung werden jedoch innerhalb dieser Meinungen verschiedene Ansichten vertreten: Die LAG Niedersachsen [1] und München [2] sind der Auffassung, eine zu diesem Zeitpunkt ausgesprochene Kündigung sei schwebend wirksam, d.h. auflösend bedingt durch eine spätere Entscheidung, durch die die Zustimmung des Arbeitsgerichts wieder aufgehoben werde. Eine spätere Entscheidung wirke also mit seiner Rechtsfolge auf den Zeitpunkt der Kündigungserklärung zurück. Demgegenüber nehmen RICHARDI [3] und ROHLFING-REWOLLE [4] an, eine solche Kündigung sei zunächst schwebend unwirksam und werde erst mit dem Eintritt der Rechtskraft wirksam. Von den Vertretern der ersten Meinung, nach der eine solche Kündigung unheilbar nichtig ist, unterscheiden sie sich im Ergebnis demnach nur darin, daß die Kündigung nach Rechtskraft des zustimmenden Beschlusses nicht erneut erklärt zu werden braucht.

Zugunsten der zweiten Meinung kann einmal auf den Wortlaut des Gesetzes verwiesen werden, wonach die Entscheidung des Arbeitsgerichts nicht rechtskräftig zu sein braucht. Zugunsten der Ansicht der LAG Niedersachsen und München ist außerdem zu beachten, daß nach den anderen Ansichten die betroffenen Arbeitnehmer vielfach die Möglichkeit erhalten, durch Ausnutzung der Rechtsmittel das Ver-

---

1) LAG Niedersachsen, Urteil v. 23.7.74, BB 75, 372
2) LAG München, Urteil v. 6.5.75, AZ 1 Sa 181/75
3) RICHARDI, RdA 75, 73 (78)
4) ROHLFING-REWOLLE, KSchG § 15 Nr. 3

fahren so lange zu verschleppen, daß auch außerordentliche Kündigungen von Wahlvorstandsmitgliedern und Wahlbewerbern während der Dauer ihres Amtes bzw. ihrer Bewerbung nicht wirksam werden können. Dieser Gesichtspunkt verdient deshalb besondere Beachtung, weil der Gesetzgeber die außerordentliche Kündigung gegenüber Wahlvorstandsmitgliedern und Wahlbewerbern an die Zustimmung des Betriebsrats bzw. die Ersetzung dieser Zustimmung durch das Arbeitsgericht gebunden hat, gerade um es unmöglich zu machen, Wahlvorstandsmitglieder und Wahlbewerber durch willkürliche außerordentliche Kündigungen aus dem Betrieb zu entfernen und durch Ausnutzung der Rechtsmittel das Verfahren so lange zu verschleppen, daß diese keine Möglichkeit mehr haben, ihr Amt weiter auszuüben bzw. ihre Bewerbung fortzusetzen [1]. Folgt man nicht der Ansicht der LAG Niedersachsen und München, wird somit den Arbeitnehmern genau das ermöglicht, was den Arbeitgebern unmöglich gemacht wird.

Dennoch kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung von Mitgliedern des Wahlvorstands und Wahlbewerbern wird vielmehr erst mit dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des Arbeitsgerichts ersetzt. Erst in diesem Zeitpunkt liegt die nach § 15 III KSchG erforderliche Voraussetzung vor.

Das folgt aus den Vorschriften des ArbGG über die Vollstreckbarkeit der im Beschlußverfahren ergehenden Entscheidungen und den Eintritt ihrer Wirksamkeit.

---

1) Vgl. BT-Drucksache VI, 1786, S. 53

Gem. § 85 I 1 ArbGG findet im Beschlußverfahren die Zwangsvollstreckung aus r e c h t s - k r ä f t i g e n Beschlüssen der Arbeitsgerichte statt. Daraus ergibt sich, daß im Beschlußverfahren noch nicht rechtskräftige Beschlüsse auch nicht vorläufig vollstreckbar sind. Der Grund für diese Regelung liegt darin, daß bei betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten in den meisten Fällen jede Vollstreckung die Schaffung einer endgültigen Situation bedeutet, die - wenn überhaupt - meist nicht wieder vollständig beseitigt werden kann [1]. Diese Überlegung trifft über das Verfahrensrecht hinaus auch auf die materiell-rechtlichen Wirkungen der im Beschlußverfahren noch nicht rechtskräftig getroffenen Regelungen zu. Dürfte der Arbeitgeber schon vor Rechtskraft des die Zustimmung des Betriebsrats ersetzenden Beschlusses des Arbeitsgerichts eine schwebend wirksame Kündigung aussprechen, hätte der noch nicht rechtskräftige Beschluß des Arbeitsgerichts eine vorläufige materiell-rechtliche Wirkung. Damit würde man dem Beschluß eine kraft Gesetzes gerade ausgeschlossene einstweilige Entscheidungswirkung zuerkennen [2]. Das zeigt, daß die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung gegenüber Mitgliedern des Wahlvorstands und Wahlbewerbern erst mit der Rechtskraft des Beschlusses des Arbeitsgerichts ersetzt ist.

Das folgt auch aus § 87 III ArbGG, wonach die Einlegung der Beschwerde gegen einen Beschluß des Arbeitsgerichts aufschiebende Wirkung hat. Da

---

1) BAG, Urt. v. 11.11.76, DB 77, 1190 = BB 77, 895 unter B I 5a der Entscheidungsgründe

2) BAG, a.a.O., unter B I 5b der Entscheidungsgründe

- wie eben gezeigt - die Vollstreckung aus Entscheidungen im Beschlußverfahren ohnehin erst möglich ist, wenn sie rechtskräftig geworden sind, kann sich die Bedeutung des § 87 III ArbGG nur auf die meteriell-rechtlichen Wirkungen noch nicht rechtskräftiger Beschlüsse beziehen; sonst wäre diese Vorschrift überflüssig oder nur als Klarstellung der Rechtsfolgen aus § 85 ArbGG zu verstehen [1].

Entgegen der Meinung des LAG München [2] spricht § 18 V SchwBG nicht gegen dieses Ergebnis. § 18 V SchwBG schließt die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels nur bei Rechtsmitteln eines Schwerbehinderten gegen die Zustimmung der Verwaltungsbehörde zur außerordentlichen Kündigung aus. Dieser ausdrückliche gesetzliche Vorbehalt im SchwBG kann nicht als allgemeiner Rechtsgedanke auf das Beschlußverfahren nach § 103 II übertragen werden.

Die noch nicht rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts über die Ersetzung der Zustimmung nach § 103 II kann im übrigen nicht mit der von der Verwaltungsbehörde erteilten Zustimmung zur Kündigung gegenüber einem Schwerbehinderten, sondern nur mit der Rechtsstellung des Arbeitgebers verglichen werden, dem die Verwaltungsbehörde die Zustimmung zur Kündigung des Schwerbehinderten verweigert hat und der daraufhin im Verwaltungsrechtsweg Verpflichtungsklage erhoben hat. Der Arbeitgeber kann in diesem Fall die behördliche Zustimmung auch erst nach Rechtskraft des verwaltungsgericht-

1) BAG, Urt. v. 11.11.76, DB 77, 1190 = BB 77, 895 unter B I 5b der Entscheidungsgründe

2) LAG München, Urt. v. 6.5.75, AZ 1 Sa 181/75

lichen Urteils erlangen, da es eine vorläufige Vollstreckbarkeit bei Verpflichtungsklagen - von der vorläufigen Vollstreckbarkeit wegen der Kosten abgesehen - nicht gibt (§ 167 II VwGO) [1]. Somit bleibt es dabei, daß die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung gegenüber Wahlvorstandsmitgliedern und Wahlbewerbern erst mit der Rechtskraft des Beschlusses ersetzt ist.

Zu entscheiden bleibt, ob die vor Rechtskraft des Beschlusses des Arbeitsgerichts ausgesprochene Kündigung unheilbar nichtig ist oder ob sie mit der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung wirksam wird.

Letzteres bringt für den Arbeitgeber nur den unerheblichen Vorteil, daß er die Kündigung nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses des Arbeitsgerichts nicht zu wiederholen braucht. Dem steht jedoch zunächst die Rechtsunsicherheit für den gekündigten Arbeitnehmer entgegen, wann die Frist des § 4 KSchG für die Erhebung der Kündigungsschutzklage beginnt, d.h. bis zu welchem Zeitpunkt er die schwebend unwirksame Kündigung angreifen müßte.

Dem steht außerdem der Gedanke der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit entgegen. Wegen dieses Gedankens muß der Grundsatz gelten, daß einseitige Rechtsgeschäfte wie Kündigungen, denen eine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt, unheilbar nichtig sind [2]. Verwirklicht ist dieser Grundsatz im Ar-

---

1) P. NIPPERDEY, DB 75, 1891

2) Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 15 BBiG unter 2 c der Entscheidungsgründe mit zustimmender Anmerkung von SÖLLNER

beitsrecht u.a. in § 12 SchwBG und in § 9 MuSchG und im Bürgerlichen Recht in den §§ 111, 118, 1367 und 1831 BGB. Auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt dieser Grundsatz. Gem. § 53 I 1 FGG wird eine gerichtliche Verfügung, die die Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft ersetzt, erst mit der Rechtskraft wirksam. Daraus folgt, daß im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einseitige Rechtsgeschäfte, die vor den sie ersetzenden Verfügungen vorgenommen werden, unwirksam sind und wiederholt werden müssen [1].

Ein zwingender Grund, warum bei der Auslegung des § 15 III KSchG von dem Grundsatz abgewichen werden sollte, daß einseitige Rechtsgeschäfte, denen eine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt, unheilbar nichtig sind, ist nicht ersichtlich. Wegen des Gebots der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit muß daher die vor Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses des Arbeitsgerichts ausgesprochene Kündigung unheilbar nichtig sein.

6) Ergebnis

Somit steht fest: Der Arbeitgeber kann einem Mitglied des Wahlvorstands oder einem Wahlbewerber erst dann wirksam eine außerordentliche Kündigung aussprechen, wenn der die Zustimmung des Betriebsrats ersetzende Beschluß des Arbeitsgerichts (§ 103) rechtskräftig ist. Eine vor diesem Zeitpunkt erklärte Kündigung ist nicht nur schwebend unwirksam, sondern unheilbar nichtig.

---

1) BAG, Urt. v. 11.11.76, DB 77, 1190 = BB 77, 895, unter B I 8 c der Entscheidungsgründe m.w.N.

II Beginn des Kündigungsschutzes des § 15 III KSchG

Zu untersuchen ist weiter, von welchem Zeitpunkt an dieser besondere Kündigungsschutz der Mitglieder des Wahlvorstands und der Wahlbewerber wirkt.

1) ... bei Mitgliedern des Wahlvorstands

Einfach zu beantworten ist diese Frage bei Mitgliedern des Wahlvorstands. Nach der ausdrücklichen Regelung des § 15 III 1 KSchG gilt der Kündigungsschutz vom Zeitpunkt der Bestellung an. Bestellung in diesem Sinn ist auch die Wahl in einer Betriebsversammlung [1]. Vor der Wahl gilt dieser Kündigungsschutz noch nicht. Daher sind Bewerber für das Amt des Wahlvorstands davon nicht erfaßt [2]. Da diese Personen in ähnlicher Weise wie die gewählten Mitglieder des Wahlvorstands schutzbedürftig sind, wäre es an sich wünschenswert, den besonderen Kündigungsschutz auch auf sie auszudehnen. Dem widerspricht aber einmal der Wortlaut des Gesetzes. Da die Bewerbung um das Amt des Wahlvorstands - im Gegensatz zur Bewerbung um das Amt des Betriebsrats - formlos erfolgt, kann man zum anderen kaum einen Zeitpunkt bestimmen, von dem an der Kündigungsschutz gelten sollte. Eine Formalisierung der Bewerbung um das Amt des Wahlvorstands wäre auch nicht wünschenswert, da dies das ohnehin schon nicht einfache Verfahren der Wahl des Betriebsrats noch weiter verkomplizieren würde.

2) ... bei Wahlbewerbern

Strittig ist die Frage, von welchem Zeitpunkt an

---

1) HUECK-HUECK, § 15 Nr. 15

2) Ebenso LAG Bad.-Württ.,Kammern Mannheim, BB 74, 885 m.w.N.

der Kündigungsschutz des § 15 III KSchG bei Wahlbewerbern gilt. Die gesetzliche Bestimmung "vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlags an" ist nicht eindeutig. Nach der Ansicht von GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER [1] soll der Zeitpunkt maßgebend sein, in dem der Bewerber seine schriftliche Zustimmung zur Kandidatur erteilt. Wie das BAG [2] in seiner grundlegenden Entscheidung zu dieser Frage betont, wäre diese Ansicht schon mit dem Wort "Aufstellung" kaum vereinbar. Entscheidend spricht aber folgende Überlegung gegen die Ansicht von GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER: Die Schutzbedürftigkeit von Wahlbewerbern besteht zwar bereits dann, wenn irgendwie nach außen erkennbar geworden ist, daß sie für den Betriebsrat kandidieren. U.a. wegen der Gefahr des Mißbrauchs des Kündigungsschutzprivilegs ist aber zu fordern, daß sich die Kandidatur bereits verfestigt hat. Da zudem mit der schriftlichen Zustimmung des Bewerbers noch nicht einmal feststeht, ob er die erforderliche Unterstützung einer ausreichenden Zahl von Arbeitnehmern erhält, kann allein mit der Zustimmung des Bewerbers die Aufstellung des Wahlvorschlags noch nicht erfolgt sein.

Es verbleiben zwei Zeitpunkte, von denen an der Kündigungschutz des § 15 III 1 KSchG gelten könnte: Der Zeitpunkt, in dem die letzte der erforderlichen Unterschriften unter den Wahlvorschlag gesetzt worden ist und die Einreichung des Wahlvorschlags beim Wahlvorstand. Für die erste Alternative spricht der Regelungszweck des § 15 III KSchG:

---

1) GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER, § 123 Anm. 6

2) BAG, Urt. v. 4.3.76, DB 76, 1335ff, mit einer umfassenden Übersicht über den Meinungsstand zu diesem Problem.

Wenn der Wahlbewerber die für seine Kandidatur gem. § 14 V-VII erforderliche Zahl von Unterschriften bekommen hat, muß der Arbeitgeber ernsthaft mit der Möglichkeit rechnen, daß der ihm möglicherweise nicht genehme Arbeitnehmer gewählt wird. Dadurch erhöht sich für den Wahlbewerber die Kündigungsgefahr. Um die persönliche Unabhängigkeit des Wahlbewerbers und das Funktionieren der Betriebsratswahl zu sichern, muß der erhöhte Kündigungsschutz von diesem Zeitpunkt an gelten. Daß die Kandidatur endgültig erst dann feststeht, wenn der Wahlvorschlag beim Wahlvorstand eingereicht ist, steht dem deshalb nicht entgegen, weil die Einreichung nur formale und daher untergeordnete Bedeutung für die Kandidatur hat.

Bedenken gegen dieses Ergebnis aus dem Prinzip der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit greifen nicht durch.

Eine übermäßig lange zeitliche Ausdehnung des Kündigungsschutzes etwa dadurch, daß bereits lange Zeit vor der Wahl Vorschlagslisten mit einer ausreichenden Zahl von Unterschriften erstellt werden, besteht deshalb nicht, weil nur solche Vorschläge als Wahlvorschläge im Sinne des § 14 V und des § 15 III KSchG anzusehen sind, die in der Zeit nach der Bestellung des Wahlvorstands zustandegekommen sind [1].

Durch das Abstellen auf das Erreichen der erforderlichen Zahl der Unterschriften ergeben sich auch keine wesentlich größeren Manipulationsmöglichkeiten gegenüber dem Abstellen auf die Einreichung

---

1) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 103 Anm. 11;
BAG, Urt. v. 4.3.76, DB 76, 1335 ff

des Wahlvorschlags beim Wahlvorstand. Denn ebenso gut wie sich Arbeitnehmer vor der Einreichung der Vorschlagslisten erst nachträglich auf eine bereits mit der erforderlichen Anzahl von Unterschriften versehenen Vorschlagsliste setzen lassen können, kann beispielsweise auch der Eingang des Wahlvorschlags vordatiert werden. Wie das BAG [1] zu Recht bemerkt, hat in dieser Lage der Regelungszweck Vorrang, wonach für den Beginn des Kündigungsschutzes der früheste, nach den Förmlichkeiten des Wahlverfahrens mögliche Zeitpunkt anzunehmen ist.

Über den genauen Zeitpunkt, in dem die Mindestzahl der geforderten Unterschriften erreicht ist, können sich im Einzelfalle Zweifel ergeben. Derartige Zweifel sind aber auch denkbar, wenn auf den Zeitpunkt der Einreichung der Wahlvorschläge beim Wahlvorstand abgestellt wird. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn der Wahlvorschlag - aus den unterschiedlichsten Gründen - zurückgereicht werden würde. Da auch hier keine der beiden Alternativen zu einem sicheren Ergebnis führt, ist wegen des Vorrangs des Regelungszwecks auf das Erreichen der erforderlichen Anzahl von Unterschriften abzustellen.

Der Kündigungsschutz des § 15 III KSchG besteht bei Wahlbewerbern somit, sobald ein Wahlvorstand bestellt ist und die erforderliche Mindestzahl von Arbeitnehmern den Wahlvorschlag unterschrieben hat.

Erforderlich ist allerdings, daß die Mindestzahl von Arbeitnehmern den Wahlvorschlag unterschrieben

---

1) BAG, Urt. v. 4.3.76, DB 76, 1335 ff

hat, bevor die Kündigung zugegangen ist. Wird die notwendige Zahl von Unterschriften erst nach dem Zugang der Kündigungserklärung erreicht, so berührt das das Wirksamwerden der Kündigung nicht. Andernfalls könnte die Wahlbewerbung wegen § 15 III allzu leicht dazu mißbraucht werden, das Wirksamwerden einer rechtmäßigen Kündigung, die mit der Betriebsratswahl in keinem inhaltichen Zusammenhang steht, zu verhindern.

III Suspendierung und Hausverbot für Mitglieder des Wahlvorstands und Wahlbewerber

Für den Schutz der Mitglieder des Wahlvorstands und der Wahlbewerber ist weiter interessant, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber sie von der Arbeit suspendieren und ihnen ein Hausverbot erteilen kann und ob er ihnen während der Dauer der Suspendierung die vereinbarte Vergütung weiterzubezahlen hat.

1) Arbeitsvertragliche Gesichtspunkte

Das ist zunächst ein arbeitsvertragsrechtliches Problem, wobei für Mitglieder des Wahlvorstands und Wahlbewerber nichts anderes gelten kann als für "normale" Arbeitnehmer [1]. Man wird davon auszugehen haben, daß der Arbeitgeber vertragsrechtlich trotz der heute i.a. anzuerkennenden Beschäftigungspflicht Arbeitnehmer vorläufig von der Arbeit suspendieren kann und ihnen den Zutritt zum Betrieb verweigern darf, wenn er das Recht zur außerordentlichen Kündigung hat; die Pflicht zur

---

1) Vgl. LAG Hamm, Beschl. v. 24.10.74, DB 75, 111 m.w.N.

Lohnzahlung entfällt dadurch allerdings grundsätzlich nicht [1].

2) Betriebsverfassungsrechtliche Gesichtspunkte

a) Ansicht von KRAFT

Aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht hat KRAFT [2] gegen Suspendierungen von Mitgliedern des Wahlvorstands und Wahlbewerbern Bedenken. Da es dem Gesetzgeber bei der Einführung des § 103 besonders darum gegangen sei, den betroffenen Arbeitnehmern (also auch den Mitgliedern des Wahlvorstands und den Wahlbewerbern) bis zur Zustimmung des Betriebsrats im Betrieb zu belassen, seien vorläufige Maßnahmen nur in "schwerwiegenden Fällen" [3] möglich. Im Hinblick auf die Regelung des § 102 V und die Tatsache, daß gerade bei dem in § 103 geschützten Personenkreis einseitige Maßnahmen durch den Arbeitgeber verhindert werden sollten, könne letztlich nur das Arbeitsgericht und zwar im Rahmen des Verfahrens über die Ersetzung der Zustimmung (Abs. 2) über die Berechtigung auch einer vorläufigen Suspendierung entscheiden. Der Arbeitgeber könne zwar bei Vorliegen eines besonders wichtigen Grundes den Arbeitnehmer sofort suspendieren, dürfe diese Maßnahme aber nur aufrechterhalten, wenn das Arbeits-

---

1) Diese individualrechtlichen Fragen können im Rahmen dieser Arbeit nicht näher behandelt werden.
Vgl. dazu DIETZ-RICHARDI, § 102 Anm. 52;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 102 Anm. 3;
LAG Hamm, a.a.O.;
KRAFT in GK, § 103 Anm. 12, jeweils m.w.N.

2) KRAFT in GK, § 103 Anm. 12

3) Dabei ist nicht ersichtlich, ob er einen "wichtigen Grund" im Sinne des § 15 KSchG als schwerwiegenden Fall ausreichen läßt oder ob er noch höhere Anforderungen stellt.

gericht im Wege der einstweiligen Verfügung diese Maßnahme bestätige. Sollte der Arbeitgeber einen entsprechenden Antrag nicht stellen, habe der Betriebsrat die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung zu beantragen, die den Arbeitgeber verpflichte, die vorläufige Maßnahme rückgängig zu machen. Als Maßnahme komme insbesondere eine Suspendierung von der Arbeitspflicht und ein Hausverbot in Frage; ein solches sei allerdings nur zulässig, wenn Gründe vorlägen, die es für den Arbeitgeber untragbar machten, daß das gekündigte Mitglied des Wahlvorstands bzw. der gekündigte Wahlbewerber den Betrieb betrete.

b) Eigene Ansicht

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Anders als Kraft sollte man bei der Beurteilung des Problems, ob aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht gegen Suspendierungen von Mitgliedern des Wahlvorstands und Wahlbewerbern sowie Hausverbote für diese Arbeitnehmer Bedenken bestehen, von der Frage ausgehen, wie sich Suspendierungen und Hausverbote dieser Arbeitnehmer auf ihre betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben auswirken. Können die Mitglieder des Wahlvorstands und die Wahlbewerber ihre betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben trotz Suspendierung und Hausverbot ungehindert weiterverfolgen, bestehen gegen diese Maßnahmen des Arbeitgebers auch aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht keine Bedenken. Entscheidend ist also, ob Mitglieder des Wahlvorstands wegen ihrer Suspendierung und ihres Hausverbots die Betriebsratswahl nicht ordnungsgemäß vorbereiten und durchführen können und ob die Chancen der Wahlbewerber, in den Betriebsrat gewählt zu werden, dadurch berührt werden.

Diese Fragen scheinen noch nicht entschieden oder diskutiert worden zu sein. Einigkeit scheint aber darin zu bestehen, daß B e t r i e b s r a t s - m i t g l i e d e r durch eine Suspendierung von der Arbeit und ein damit verbindenes Hausverbot weder ihr Betriebsratsamt verlieren noch an der Ausübung ihres Amtes verhindert sind. Insbesondere dürfen sie gem. § 78 trotz einer zu Recht erfolgten Suspendierung von der Arbeit und eines Hausverbots den Betrieb zur Ausübung ihres Betriebsratsamtes grundsätzlich weiterhin betreten [1]. Deswegen scheint die Suspendierung von Betriebsratsmitgliedern auch aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht keinen Bedenken zu begegnen.

Zu untersuchen ist im folgenden, ob Suspendierungen und Hausverbote unter den gleichen Einschränkungen wie bei Betriebsratsmitgliedern auch bei Wahlvorstandsmitgliedern und Wahlbewerbern zulässig sind.

Bei W a h l v o r s t a n d s m i t g l i e d e r n führen Suspendierung und Hausverbot ebensowenig wie bei Betriebsratsmitgliedern zum Verlust ihrer Ämter. Auch können Wahlvorstandsmitglieder den Betrieb trotz des Hausverbots zur Ausübung ihres betriebsverfassungsrechtlichen Amtes weiterhin betreten. Dies kann zwar nicht wie bei Betriebsratsmitgliedern aus § 78 hergeleitet werden, da dieser nicht für Wahlvorstandsmitglieder gilt. Dies ergibt sich jedoch aus § 20 I 1, wonach niemand die Wahl des Betriebsrats behindern darf.

---

1) Vgl. LAG Düsseldorf, Beschl. v. 22.2.77, DB 77, 1053 (1054) m.w.N.

Wegen § 20 I 1 dürfen Wahlvorstandsmitglieder natürlich auch sonst bei der Verfolgung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben nicht gehindert werden. Für Wahlvorstandsmitglieder bedeutet das insbesondere, daß der Arbeitgeber ihnen trotz der Suspendierung die für die Ausfertigung der Wählerliste und die für die Feststellung der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer erforderlichen Auskünfte erteilen und die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stellen muß.

Unter diesen Voraussetzungen können W a h l v o r s t a n d s m i t g l i e d e r trotz einer Suspendierung von der Arbeit und einem damit verbundenen Zutrittsverbot zum Betrieb die Betriebsratswahl ordnungsgemäß vorbereiten und durchführen. Die Suspendierung von Wahlvorstandsmitgliedern begegnet also auch aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht keinen Bedenken.

Für die Suspendierung von W a h l b e w e r b e r n kann das allerdings nicht gelten. Der Arbeitgeber kann ihnen nicht den Zutritt zum Betrieb verbieten oder auch nur einschränken, ohne ihre Wahlchancen zu vermindern, Im Gegensatz zu Wahlvorstandsmitgliedern kann nämlich bei Wahlbewerbern kaum festgestellt werden, inwieweit ihr Zutritt zum Betrieb zur Verfolgung ihrer Wahlkandidatur notwendig ist. Da jede Art der Kontaktaufnahme mit der Belegschaft ihrer Wahlbewerbung dienen kann, kann suspendierten Wahlbewerbern der Zutritt zum Betrieb während der Zeit ihrer Wahlbewerbung niemals verweigert werden. Deshalb kann Wahlbewerbern aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich kein Hausverbot erteilt werden.

Aber auch gegen die Suspendierung von Wahlbewerbern ohne die Erteilung eines Hausverbots bestehen Bedenken. Es muß nämlich befürchtet werden, daß die Suspendierung sie zumindest in den Augen einiger Arbeitnehmer des Betriebs mit einem gewissen Makel belastet. Dadurch wäre ihre Chancengleichheit gegenüber anderen Wahlbewerbern nicht mehr gewährleistet. Wegen § 20 I 1 darf der Arbeitgeber daher Wahlbewerbern weder den Zutritt zum Betrieb verbieten noch darf er sie von der Arbeit suspendieren. Diesen Schutz genießen Wahlbewerber vom selben Zeitpunkt an wie sie ihn gem. § 15 III 1 KSchG gegen Kündigungen genießen.

Das Zutrittsrecht suspendierter Wahlvorstandsmitglieder und nicht suspendierter Wahlbewerber zum Betrieb endet allerdings dort, wo seine Ausübung als Rechtsmißbrauch zu beurteilen ist. Wie das LAG Düsseldorf [1] bezüglich des Zutrittsrechts suspendierter Betriebsratsmitglieder richtig ausgeführt hat, können Vertragsverletzungen ein dem Betriebsratsmitglied erteiltes Hausverbot regelmäßig nicht rechtfertigen, weil kollektiv-rechtlich begründeten Zuständigkeiten und Rechten nicht mit individualrechtlich begründeten Einwendungen begegnet werden kann. Die persönliche Interessenlage des Arbeitgebers habe in Verhältnissen betriebsverfassungsrechtlicher Art zurückzutreten. Den kollektiv-rechtlichen Befugnissen des Betriebsratsmitglieds könne nur mit Einwendungen entgegengetreten werden, die wiederum im kollektiven Recht wurzeln. Die individual-rechtliche Ebene werde durch die vorrangigen Regelungen des Betriebsverfassungsrechts überlagert.

1) LAG Düsseldorf, Beschl. v. 22.2.77, DB 77, 1053 (1054)

Diese Überlegungen des LAG Düsseldorf gelten in gleicher Weise für die Grenze des Zutrittsrechts suspendierter Mitglieder des Wahlvorstands und nichtsuspendierter Wahlbewerber zum Betrieb. Mit dem LAG Düsseldorf kann daher auch hier gefolgert werden, daß der Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs in erster Linie lediglich bei drohender Gefährdung des Betriebsfriedens eingreift.

Wahlvorstandsmitglieder und Wahlbewerber werden durch Suspendierungen und damit verbundene Hausverbote in ihren betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben somit erst dann gehindert, wenn sich ihr Zutritt zum Betrieb als - kollektivrechtlich begründeter - Rechtsmißbrauch darstellt. Gegen diese Beschränkung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben der Wahlvorstandsmitglieder und der Wahlbewerber bestehen auch aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht keine Bedenken.

IV Verlegung von Mitgliedern des Wahlvorstands und Wahlbewerbern in einen anderen Betrieb

Schließlich ist noch zu prüfen, ob der Arbeitgeber aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen gehindert ist, Wahlvorstandsmitglieder und Wahlbewerber während der Zeit in einen anderen Betrieb zu verlegen, während der diese die Wahl vorbereiten und durchführen bzw. sich um einen Betriebsratssitz bewerbern.

Auszugehen ist davon, ob die ordnungsgemäße Durchführung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben der Wahlvorstandsmitglieder und der Wahlbewerber das Unterlassen der Verlegung erfordert.

Die Verlegung eines W a h l v o r s t a n d s m i t g l i e d s in einen anderen Betrieb hat also zu unterbleiben, wenn die Vorbereitung und die Durchführung der Betriebsratswahl dies erfordern. Analog den Betriebsratsmitgliedern haben Wahlvorstandsmitglieder einen Anspruch darauf, von ihrer beruflichen Tätigkeit befreit zu werden, soweit die Erfüllung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgabe dies notwendig macht [1]. Diesen Anspruch können Wahlvorstandsmitglieder ebenso wie Betriebsratsmitglieder gegenüber dem Inhaber des Betriebs, in den sie eingegliedert sind, auch dann geltend machen, wenn es nicht um die Wahl des Betriebsrats dieses Betriebs geht. Deshalb können Wahlvorstandsmitglieder eine Betriebsratswahl auch dann ordnungsgemäß vorbereiten und durchführen, wenn sie in einen anderen Betrieb eingegliedert sind. Daher ist ein Arbeitgeber aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen nicht gehindert, Wahlvorstandsmitglieder während der Zeit in einen anderen Betrieb zu verlegen, während der diese die Wahl vorbereiten und durchführen.

Die Verlegung von W a h l b e w e r b e r n in einen anderen Betrieb begegnet dagegen den gleichen Bedenken wie ihre Suspendierung [2]. Daher ist ein Arbeitgeber nicht berechtigt, Wahlbewerber in einen anderen Betrieb zu verlegen.

---

1) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 20 Anm. 30 m.w.N.

2) Vgl. oben D II 2 b

E Voraussetzungen zum Tätigwerden der Arbeitsgerichte im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl

Am Schluß dieses Abschnitts sei noch etwas zur prozessualen Seite der in dieser Arbeit erörterten betriebsverfassungsrechtlichen Probleme gesagt.

I Normales Beschlußverfahren

Das BetrVG enthält in den §§ 16 II, 17 III, 18 I 2, 18 II und 19 spezielle Vorschriften über die Anrufung des Arbeitsgerichts bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen. Daraus kann nicht gefolgert werden, mit diesen Vorschriften seien die Möglichkeiten, das Arbeitsgericht bei Streitigkeiten über die ordnungsgemäße Vorbereitung und Durchführung der Betriebsratswahl anzurufen, abschließend aufgezählt. Das gilt insbesondere auch für die Entscheidungen des Wahlvorstands. Sowohl die teleologische als auch die historische Auslegung, die gerade bei dem noch jungen BetrVG 1972 bedeutsam ist, führen zum Ergebnis, daß die selbständige Anfechtung von Entscheidungen des Wahlvorstands zulässig ist [1].

Für die gerichtliche Nachprüfung der Entscheidungen bei der Vorbereitung und der Durchführung der Betriebsratswahl gilt folgendes:

Gem. § 2 I Ziff. 4 ArbGG ist, da es sich bei Streitigkeiten über diese Entscheidungen um betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten handelt, das Arbeitsgericht zuständig.

---

1) Vgl. im einzelnen PREIS, S. 9

Gem. § 80 I ArbGG findet bei betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten das Beschlußverfahren Anwendung, wie es in den §§ 80 ff geregelt ist.

Das Verfahren wird nur auf Antrag eingeleitet (§ 81 I ArbGG). Antragsberechtigt ist einmal derjenige, dem ein solches Recht ausdrücklich verliehen worden ist (z.B. in §§ 16 II, 17 III, 18 I 2, 18 II, 19 II). In den anderen Fällen ist antragsberechtigt, wer schlüssig behauptet, durch die zu treffende Entscheidung unmittelbar berührt zu werden [1]. Gegen Entscheidungen des Wahlvorstands kann sich der einzelne Arbeitnehmer daher wohl nur dann wehren, wenn dadurch sein (aktives oder passives) Wahlrecht unmittelbar beeinträchtigt wird [2]. Hierbei ist in erster Linie an die Nichtaufnahme eines Arbeitnehmers in die Wählerliste zu denken. Ebenso kann sich der einzelne Arbeitnehmer, der auf einer bestimmten Liste kandidiert, gegen die Zurückweisung dieser Liste (bzw. dieses Wahlvorschlags) durch den Wahlvorstand wehren.

Andere Entscheidungen des Wahlvorstands haben generellen Charakter (z.B. die Entscheidung über die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder und die Zahl der beiden Gruppen (Arbeitern und Angestellten) zustehenden Plätze im Betriebsrat). Da die einzelnen Arbeitnehmer dadurch nicht unmittel-

---

1) SCHNORR v. CAROLSFELD, § 12 c II 2 a
GRUNSKY, § 80 Anm. 29
BITZER, Sechster Teil, I 3 c
DIETZ-NIKISCH, § 81 Anm. 8
HUECK in HUECK-NIPPERDEY, I, § 103 IV 2

2) Vgl. PREIS, S. 14

bar beeinträchtigt werden, können sie kein Verfahren zur gerichtlichen Überprüfung dieser Entscheidungen beantragen [1]. Diese Entscheidungen können aber, sobald sie gefällt worden sind, auf Antrag des Arbeitgebers oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft vom Arbeitsgericht kontrolliert werden [2]. Ebenso kann auch die Wahl des Wahlvorstands schon vor Abschluß der Betriebsratswahl auf Antrag des Arbeitgebers oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft angefochten werden [3]. Dem Arbeitgeber und den Gewerkschaften schon vor Abschluß der Betriebsratswahl das Recht zu geben, derartige Vorgänge bei der Vorbereitung der Wahl arbeitsgerichtlich nachprüfen zu lassen, entspricht dem Willen des Gesetzgebers und ist sinnvoll [4]. Denn dadurch kann in manchen Fällen die Durchführung einer Wahl verhindert werden, die von vornherein mit Fehlern behaftet wäre. Damit kann einer späteren Anfechtung dieser fehlerhaft eingeleiteten Wahl und einer mit weiteren Kosten für den Arbeitgeber verbundenen neuen Wahl vorgebeugt werden.

Zu prüfen ist, ob neben dem Arbeitgeber und einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft auch eine Gruppe von Arbeitnehmern derartige - die einzelnen Arbeitnehmer nicht unmittelbar berührende - Vorgänge bei der Vorbereitung der Wahl schon vor Abschluß der Wahl arbeitsgerichtlich nachprüfen lassen kann. Ein Bedürfnis dafür besteht z.B. in folgendem Fall: Bei einer Betriebsratswahl teilt der Wahlvorstand nach Absprache mit der einzigen im Betrieb vertre-

---

1) PREIS, S. 14

2) ROHLFING-REWOLLE ArbGG, § 81 Nr. 1

3) Vgl. BAG, AP Nr. 5 zu § 16 BetrVG 1952

4) Vgl. BAG, Beschl. v. 3.6.75, BB 75, 1388

tenen Gewerkschaft der Gruppe der Arbeiter - bewußt oder unbewußt - eine größere Zahl von Betriebsratssitzen zu, als § 10 bestimmt. Wenn der Arbeitgeber diese Fehlentscheidung des Wahlvorstands arbeitsgerichtlich nicht nachprüfen lassen will (z.B. weil er sich in die Betriebsratswahl nicht einmischen will), könnte nur eine Gruppe von Arbeitnehmern diese Fehlentscheidung noch vor der Abstimmung anfechten.

Dagegen, daß in diesem Fall ein Bedürfnis dafür besteht, daß eine Gruppe von Arbeitnehmern die gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidung schon vor dem Abschluß der Wahl beantragen kann, kann nicht eingewandt werden, die Arbeitnehmer könnten diese Entscheidung ohne eigenen Schaden auch noch nach Abschluß der Wahl gem. § 19 anfechten. Durch die Wiederholung der Wahl aufgrund einer erfolgreichen Anfechtung entsteht zwar zunächst dem Arbeitgeber ein Schaden, indem dieser für die Kosten der Wiederholung der Wahl aufzukommen hat. Daneben erwächst dadurch aber auch den Arbeitnehmern ein Schaden, indem sie erst verspätet durch einen rechtmäßig gewählten Betriebsrat repräsentiert werden. Es besteht somit ein Bedürfnis dafür, einer Gruppe von Arbeitnehmern das Recht zu gewähren, die gerichtliche Nachprüfung derartiger Entscheidungen des Wahlvorstands schon vor Abschluß der Betriebsratswahl zu beantragen.

Will man diesem Bedürfnis Rechnung tragen, bleibt zu entscheiden, wieviele Arbeitnehmer zu einer solchen Gruppe mindestens gehören müssen. Hält man schon eine kleine Gruppe von Arbeitnehmern für antragsberechtigt (z.B. schon drei wahlberechtigte Arbeitnehmer analog § 19 II), so unterscheidet sich das zu wenig von der Antragsberechtigung einzelner

Arbeitnehmer, die bezüglich der Entscheidungen, die den einzelnen Arbeitnehmer nicht unmittelbar berühren, gerade nicht gewollt ist. Es erscheint daher sachgerecht, daß die Gruppe der Arbeitnehmer, die neben dem Arbeitgeber und den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften die gerichtliche Nachprüfung derartiger Entscheidungen noch vor dem Abschluß der Betriebsratswahl beantragen kann, analog § 23 I mindestens ein Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer umfassen muß. Unter dieser Voraussetzung können Arbeitnehmer also auch Vorgänge bei der Vorbereitung der Betriebsratswahl, die sie nicht unmittelbar berühren, schon vor Abschluß der Betriebsratswahl anfechten.

Anträge im Beschlußverfahren können auf Verpflichtung zu einer Leistung (z.B. die Verpflichtung des Arbeitgebers, an den Wahlvorstand nach Gruppen getrennte Aufstellungen der wahlberechtigten Arbeitnehmer herauszugeben), auf die Gestaltung eines Rechts (z.B. die Ersetzung des Wahlvorstands gem. § 18 I 2) oder auf eine Feststellung (z.B. die Wählbarkeit eines Arbeitnehmers gem. § 8) gerichtet sein [1]. Wie im Urteilsverfahren ist auch im Beschlußverfahren ein Feststellungsantrag gegenüber einem möglichen Leistungsantrag subsidiär [2].

Der Antrag muß zu erkennen geben, daß der Antragsteller eine bestimmte Entscheidung des Gerichts verlangt, etwa die Feststellung, daß der Betrieb betriebsratsfähig ist oder die Feststellung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl [3].

---

1) BITZER, Sechster Teil, II 1 b;
GRUNSKY, § 80 Anm. 23

2) BAG, AP Nr. 1 zu § 80;
GRUNSKY, § 80 Anm. 23

3) DIETZ-NIKISCH, § 81 Anm. 19

Der Antragsteller muß ein Rechtsschutzinteresse an der Durchführung des Verfahrens haben [1]. Dieses ist grundsätzlich dann gegeben, wenn es sich um die Abgrenzung der Stellung und der Befugnisse des Antragstellers handelt [2]. Bei Leistungs- oder Gestaltungsbegehren ist es regelmäßig gegeben, bei einem Feststellungsbegehren muß es dagegen besonders begründet werden [3].

Bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses ist zu beachten, daß das Beschlußverfahren neben der Durchsetzung subjektiver Rechte auch der Erhaltung und Wiederherstellung des Betriebsfriedens dient [4]. Daraus ist zu folgern, daß das Rechtsschutzinteresse im Beschlußverfahren in weiterem Rahmen als im Urteilsverfahren zu bejahen ist [5]. Es fehlt dann, wenn nur eine abstrakte Rechtsfrage geklärt oder eine Art Rechtsgutachten erstellt werden soll, die im Verhältnis der Beteiligten zueinander keine konkrete Bedeutung haben. Es reicht jedoch aus, daß eine Streitfrage, die sich inzwischen erledigt hat, im Betrieb [6] - möglicherweise in einem anderen Zusammenhang - wieder auftauchen kann oder die gerichtliche Entscheidung der endgültigen Wieder-

---

1) GRUNSKY, § 80 Anm. 20 m.w.N.

2) HUECK-NIKISCH, § 81 Anm. 20

3) HUECK in HUECK-NIPPERDEY I, § 103 IV 2;
GRUNSKY, § 80 Anm. 20

4) BAG, Beschl. v. 17.12.74, BB 75, 605;
GRUNSKY, S. 80 Anm. 20

5) BAG, a.a.O.
GRUNSKY, a.a.O.

6) Erforderlich ist, daß die Frage zwischen denselben Beteiligten wieder akut werden kann; es reicht nicht aus, daß ein Allgemeininteresse an der Klärung der Frage besteht (GRUNSKY, § 80 Anm. 22)

herstellung des Betriebsfriedens dienen kann [1]. Dabei ist nicht erforderlich, daß der Streit wahrscheinlich wieder aufflammen wird; die nicht ganz entfernte Möglichkeit reicht aus [2].

Eine solche Möglichkeit ist insbesondere bei Streitigkeiten um das aktive oder passive Wahlrecht bei Betriebsratswahlen von Bedeutung: So hat das BAG [3] zu Recht das Rechtsschutzinteresse eines Arbeitnehmers an der Klärung seines Wahlrechts zum Betriebsrat für die Dauer seiner Zugehörigkeit zu einem Betrieb bejaht. Es sei nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Möglichkeit der Anfechtung der Betriebsratswahl bestehe; denn die Wahlanfechtung könne sich nur auf eine bereits vollzogene Wahl beziehen und bringe keine rechtliche Klärung für die Zukunft. Das Rechtsschutzinteresse werde auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Arbeitnehmer gem. § 4 WO gegen die Richtigkeit der Wählerliste Einspruch einlegen könne. Denn ein solcher Einspruch betreffe immer nur die jeweils anstehende Betriebsratswahl. Es sei aber notwendig, den Arbeitnehmern die Möglichkeit der gerichtlichen Klärung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung für die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit zu geben [4]. Zu bejahen ist auch das Rechtsschutzinteresse eines Arbeitnehmers auf Feststellung seiner Wählbarkeit auch nach einer Betriebsratswahl, wenn er seine Wahlbewerbung zurückgezogen hat, weil der Wahlvorstand ihn nicht für wählbar hielt, er sich aber bei der nächsten Betriebsratswahl wieder bewerben will.

---

1) BAG, Beschl. v. 18.3.75, AuR 75, 284;
BAG, Beschl. v. 19.11.74, NJW 75, 797

2) GRUNSKY, § 80 Anm. 20

3) BAG, AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 52

4) A.A. PREIS, S. 14

II Einstweilige Verfügungen

Der Rechtsschutz in betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten im allgemeinen und im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl im besonderen wäre unzureichend, gäbe es nicht auch bei diesen Streitigkeiten einen einstweiligen Rechtsschutz. Deshalb war die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auch im Beschlußverfahren schon vor 1972 grundsätzlich anerkannt, obwohl sie gesetzlich nicht geregelt war [1]. Seit 1972 bestimmt § 85 II ArbGG, daß der Erlaß einer einstweiligen Verfügung zulässig ist.

§ 85 II ArbGG regelt weiter, daß für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung die §§ 935 ff ZPO mit gewissen Modifikationen anwendbar sind. Damit setzt der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auch im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren einen zu sichernden Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund voraus.

Aus Stellung und Formulierung des § 85 II ArbGG folgt, daß einstweilige Verfügungen grundsätzlich im gesamten Bereich der Betriebsverfassung möglich sind [2]. Es gibt jedoch einige Bereiche, wo einstweilige Verfügungen gem. § 85 II ArbGG nicht erlassen werden können [3]. Für die vorliegende Arbeit kann allerdings nur interessant sein, daß einmal kein Anspruch auf eine Geldleistung durch eine einstweilige Verfügung gem. § 85 II ArbGG gesichert werden kann. Dieser Anspruch kann näm-

---

1) Vgl. STEIN-JONAS-GRUNSKY, Vorbem. VII 4 vor § 935 ZPO

2) DÜTZ, S. 251;
GRUNSKY, § 85 Anm. 14

3) Vgl. Dütz, S. 243 ff

lich nur durch einen Arrest gesichert werden; die Vorschriften über den Arrest werden in § 85 II ArbGG aber gerade nicht für entsprechend anwendbar erklärt. Zum anderen kann für die vorliegende Arbeit von Interesse sein, daß die in § 23 III vorgesehenen Sanktionen gegen den Arbeitgeber nicht im einstweiligen Verfügungsverfahren ausgesprochen werden können [1].

Situationen, in denen nur einstweilige Verfügungen geeignet sind, die Rechtspositionen zu sichern, scheinen gerade im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl häufig vorzukommen [2]. Ein Beispiel für eine derartige Situation sei hier gegeben. Wird ein Arbeitnehmer in einer Wählerliste gem. § 2 WO nicht aufgeführt, kann er gem. § 4 I WO dagegen vor Ablauf von zwei Wochen Einspruch einlegen. Über den Einspruch hat der Wahlvorstand gemäß § 4 II WO zwar "unverzüglich" zu entscheiden. Die Mitteilung über diese Entscheidung wird dem Arbeitnehmer aber trotzdem in der Regel nicht so rechtzeitig zugehen, daß er in einem Beschlußverfahren seine Eintragung in die Wählerliste noch bis zum Tag vor der Stimmabgabe durchsetzen kann.

Auch mit einer Wahlanfechtung gem. § 19 wird der Arbeitnehmer in der Regel nicht erreichen, daß er

---

1) LAG Hamm, Beschl. v. 4.2.77, DB 77,1514

2) Beispiele für derartige Situationen bei Betriebsratswahlen finden sich einmal bei K.-J. SCHMIDT (S. 138 f). Beispiele für derartige Situationen bei Betriebsratswahlen lassen sich weiter anhand der Beispiele für Wahlbehinderungen in Kommentaren bilden (vgl. DIETZ-RICHARDI, § 20 Anm. 4ff; FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 20 Anm. 7 ff; GALPERIN-LÖWISCH, § 20 Anm. 3ff). Beispiele für derartige Situationen bei Betriebsratswahlen ergeben sich schließlich aus den Problemen, die in dieser Arbeit diskutiert werden.

den Betriebsrat mit wählen kann. Zwar müßte bei erfolgreicher Anfechtung die Wahl wiederholt werden. Zwar ist die Nichtzulassung eines Wahlberechtigten zur Betriebsratswahl ein Verstoß gegen "wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht" im Sinne des § 19 [1]. Wenn der Stimmenvorsprung der obsiegenden Liste jedoch nicht gerade nur eine Stimme beträgt, kann die Nichtzulassung des wahlberechtigten Arbeitnehmers das Ergebnis der Betriebsratswahl nicht beeinflußt haben. Deshalb hätte die Wahlanfechtung des wahlberechtigten Arbeitnehmers keinen Erfolg.

In dieser Situation kann der Arbeitnehmer seine Wahlberechtigung nur dadurch durchsetzen, daß er den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gem. § 85 II ArbGG verlangt. Grundsätzlich kann er diesen Antrag erst stellen, wenn sein Einspruch abschlägig beschieden worden ist. Da ihm die Mitteilung darüber möglicherweise aber erst so spät zugeht, daß er dann auch mittels eines Antrags auf eine einstweilige Verfügung seine Wahlberechtigung nicht mehr rechtzeitig durchsetzen könnte [2], kann diese Regel nicht ohne Ausnahmen gelten. Der Arbeitnehmer muß - auch vor dem Zugang der Mitteilung der Entscheidung über seinen Einspruch - schon dann zum Antrag einer einstweiligen Verfügung berechtigt sein, wenn die Gefahr besteht, daß bei weiterem Warten die Durchsetzung seiner Wahlberechtigung vereitelt werden könnte.

Zu erwähnen ist, daß das Arbeitsgericht bei schwerwiegenden Mängeln des Wahlverfahrens durch eine

---

1) BAG, AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 19 Anm. 12;
DIETZ-RICHARDI, § 19 Anm. 11

2) Gem. § 4 II WO kann sie ihm sogar erst am Tag vor dem ersten Tag der Stimmabgabe zugehen.

einstweilige Verfügung gem. § 85 II ArbGG den Termin für die Betriebsratswahl aufschieben kann [1]. Der Grund dafür liegt in der erheblichen Kostenbelastung, die eine durch eine erfolgreiche Wahlanfechtung verursachte Neuwahl für den Arbeitgeber bedeutet.

III Ablösung einzelner Wahlvorstandsmitglieder

Zu untersuchen ist noch, ob Verfahren gegen einzelne Wahlvorstandsmitglieder beantragt werden können, die ihre gesetzlichen Pflichten verletzt haben. Wegen mancher Ähnlichkeiten der Stellung der Wahlvorstandsmitglieder mit der der Betriebsratsmitglieder könnte man insbesondere daran denken, in analoger Anwendung des § 23 I einen Antrag auf Ausschluß eines Mitglieds aus dem Wahlvorstand wegen grober Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten zuzulassen.

Zu beachten ist jedoch § 18 I 2. Danach ersetzt das Arbeitsgericht den Wahlvorstand, wenn dieser seiner Verpflichtung nicht nachkommt, die Wahl unverzüglich einzuleiten, sie durchzuführen und das Wahlergebnis festzustellen. Daraus ist nicht nur zu schließen, daß Gesetzesverletzungen, die die Einleitung und die Durchführung der Wahl sowie die Feststellung des Wahlergebnisses nicht verzögern, nicht zur Ersetzung des Wahlvorstands durch das Arbeitsgericht berechtigen [2]. Daraus muß vielmehr auch gefolgert werden, daß sich ein Antrag auf Ablösung immer nur gegen den ganzen Wahlvorstand, nicht gegen einzelne Mitglieder richten kann[3].

---

1) BAG, Beschl. v. 12.10.76, DB 77, 356;
BAG, AP Nr. 5 zu § 80 ArbGG;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 19 Anm. 26;
THIELE in GK, § 19 Anm. 77

2) DIETZ-RICHARDI, § 18 Anm. 10

3) ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 18 Anm. 4;
DIETZ-RICHARDI, § 18 Anm. 11

§ 23 I kann somit nicht analog gegen einzelne Wahlvorstandsmitglieder angewandt werden. Andere Möglichkeiten, gegen einzelne Wahlvorstandsmitglieder arbeitsgerichtlich vorzugehen, sind nicht ersichtlich.

Verfahren gegen einzelne Wahlvorstandsmitglieder können somit nicht beantragt werden.

Zweiter Abschnitt

A Regelung der Angelegenheiten des § 87 und der §§ 99 ff vor der Konstituierung des Betriebsrats

Wie oben dargestellt, dauert es schon aus rechtlichen Gründen einige Monate, bis sich in einem neu errichteten Betrieb ein Betriebsrat konstituiert hat. Die Regelung der in §§ 87 I und 99 ff aufgeführten Angelegenheiten kann bis dahin aufgeschoben werden. Die - jedenfalls vorläufige - Regelung mindestens einiger dieser Angelegenheiten ist betrieblich erforderlich [1]. Zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber diese Angelegenheiten bis zur Konstituierung des Betriebsrats allein entscheiden darf oder ob er sie - wenigstens teilweise - nur in Einzelverträgen mit den Arbeitnehmern regeln kann.

I Alleinige Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers im Bereich des § 87

Untersucht wird zunächst der in § 87 geregelte Bereich. Durch § 87 I selbst wird der Arbeitgeber nicht gehindert, allein zu entscheiden; denn die in § 87 I geregelte Mitbestimmung des Betriebsrats setzt dessen Bestehen voraus. Besteht kein Betriebsrat, kann diese Mitbestimmung von keinem anderen "Organ" der Belegschaft, insbesondere auch nicht von der Betriebsversammlung, ausgeübt werden [2].

---

1) LAG Bad.-Württ., Kammern Freiburg, Urt. v. 29.6. 73, DB 73, 1952 (1953)

2) DIETZ-RICHARDI, Vorbem. § 74 Nr. 6; LÖWISCH, BB 61, 1200

1) ... aufgrund seines Direktionsrechts

Zur alleinigen Entscheidung der in § 87 I genannten Angelegenheiten in dem (noch) betriebsratslosen Betrieb könnte der Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts (auch Weisungsrechts) befugt sein. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers ergibt sich aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses [1]. Für dieses ist kennzeichnend, daß der Arbeitgeber nicht einzelne bestimmte Arbeitsleistungen verspricht, sondern sich dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt, damit dieser von seiner Arbeitskraft in den gesetzlichen, tariflichen und einzelvertraglichen Grenzen Gebrauch machen kann. Während dabei die Art der Tätigkeit, die er im Dienst des Arbeitgebers verrichten soll, durch die vertragliche Bestimmung seiner Stellung festgelegt ist, werden die konkreten Arbeitsleistungen erst, nachdem der Arbeitnehmer eingestellt ist, durch Anordnungen des Arbeitgebers aufgrund dessen Direktionsrecht bestimmt [2]. Diese Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers ist jedoch nicht unbegrenzt. Sie bezieht sich nur auf die Leistung der Arbeit [3]. Dazu gehört allerdings auch die Ordnung des Betriebs, also das Verhalten der Arbeitnehmer beim Aufenthalt an der Betriebsstätte und bei der Benutzung der Betriebsanlagen sowie die Organisation des Betriebs, die auf ein reibungsloses Zusammenarbeiten der Arbeitnehmer und auf die richtige Ausnutzung der Betriebsanlagen abzielt [4]. Dagegen erstreckt sich das Direktionsrecht nicht auf sonstige Arbeitsbedingungen.

---

1) NIKISCH I, S. 255

2) NIKISCH I, S. 255

3) HUECK in HUECK-NIPPERDEY I, S. 159;
NIKISCH I, S. 256

4) HUECK a.a.O.;
NIKISCH, a.a.O

Die Anwendung dieser - im wesentlichen unbestrittenen - Regeln auf die Angelegenheiten des § 87 I ergibt: Kraft seines Direktionsrechts kann der Arbeitgeber nur die in § 87 I Nr. 1, 2, 3, 5 und 6 aufgeführten Angelegenheiten einseitig regeln [1].

2) ... aufgrund des Sachzusammenhangs

Die übrigen Angelegenheiten des § 87 I, so insbesondere Zeit, Ort und Art der Auszahlung des Arbeitsentgelts (§ 87 I Nr. 4) [2], Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen (§ 87 I Nr. 8), Fragen der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 I Nr. 10) sowie die Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze (§ 87 I Nr. 11) [3] gehen über die Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflichten hinaus und werden daher nicht vom Direktionsrecht des Arbeitgebers umfaßt.

Teilweise [4] wird gefordert, der Arbeitgeber müsse - soweit tarifvertraglich nichts anderes bestimmt sei - diese Angelegenheiten durch vertragliche Abmachungen mit den Arbeitnehmern ordnen. Die Anwendung dieser Forderung wird in der Praxis oft keine Schwierigkeiten bereiten, da solche Abmachungen schon derart möglich sind, daß der Arbeitgeber die

---

1) BIRK, S. 352;
vgl. auch LÖWISCH, BB 61, 1200;
NIKISCH III, S. 398, beide mit Blick auf § 56 I lit.a, b, c und f BetrVG 52

2) HUECK in HUECK-NIPPERDEY I, S. 159;
a.A.: LÖWISCH, BB 61, 1200, beide bezüglich § 56 I lit. b BetrVG 52

3) BÖTTNER, S. 89 f;
LAG, Bad.-Württ., Kammern Freiburg, Urt. v. 29.6.73, DB 73, 1952;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 87 Anm. 4a

4) FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 87 Anm. 4, 4a;
LAG Bad.-Württ., a.a.O.;
LÖWISCH, a.a.O.

Bestimmungen am schwarzen Brett anbietet und der einzelne Arbeitnehmer seine Zustimmung erklärt, indem er sich nach diesen Bestimmungen verhält [1]. Der Anschlag muß allerdings eindeutig als Angebot, nicht als einseitige Anordnung zu verstehen sein. Sofern sich aus dem Verhalten der Arbeitnehmer nicht klar die Annahme des Angebots ergibt, muß der Arbeitgeber die Arbeitnehmer darüberhinaus wenigstens dazu auffordern, ihm die Nichtannahme des Angebots zu erklären [2].

Zu Schwierigkeiten führt die Forderung nach einzelvertraglichen Regelungen der nicht vom Direktionsrecht umfaßten Angelegenheiten des § 87 I aber dann, wenn auch nur ein Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber vorgeschlagene Regelung einer dieser Angelegenheiten nicht annimmt und der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, mit diesem Arbeitnehmer eine für beide Seiten annehmbare Einigung zu erzielen. Das Problem liegt darin, daß auch die Regelung der nicht vom Direktionsrecht umfaßten Angelegenheiten des § 87 I den ganzen Betrieb oder wenigstens eine Gruppe von Arbeitnehmern betrifft [3,4] und sie daher für alle betroffenen Arbeitnehmer inhaltlich gleich sein muß. Wenn also auch nur ein Arbeitnehmer einen Regelungsvorschlag des Arbeit-

---

1) LÖWISCH, BB 61, 1200;
BAG, Urt. v. 20.5.76, DB 76, 2478

2) Vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 26.4.72, DB 72, 1537 f

3) ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 87 Anm. 13 ff;
NIKISCH III, S. 368;
WIESE in GK, § 87 Anm. 8 ff;
BRECHT, § 87 Anm. 4;
FRAUENKRON, § 87 Anm. 4;
auch FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 87 Anm. 4, 5;
a.A.: DIETZ-RICHARDI, § 87 Anm. 23 ff

4) Diese grundsätzliche Beschränkung auf generelle Tatbestände gilt nur für Zuweisungen und Kündigungen von Werkmietwohnungen nicht (§ 87 I Nr.9).

gebers in einer dieser Angelegenheiten nicht annimmt, kann diese Angelegenheit nach dieser Auffassung auch dann nicht geregelt werden, wenn diese Regelung unbedingt erforderlich ist.

Die zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten auch im Bereich des § 87 I zu bildende Einigungsstelle kann das Problem nicht lösen, da die Einigungsstelle nicht bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmern tätig werden darf (§ 76 I). Der einzelne Arbeitnehmer hätte somit in diesen Angelegenheiten in einem Betrieb ohne Betriebsrat mehr Macht als in einem Betrieb mit Betriebsrat. Im Ergebnis hätte er in diesen Angelegenheiten sogar ein "Vetorecht". Dagegen könnte der Arbeitgeber sich zwar in einigen Fällen mit einer außerordentlichen, in anderen Fällen mit einer ordentlichen Kündigung wehren. Dennoch zwingt die Möglichkeit eines Mißbrauchs der Macht einzelner Arbeitnehmer und die Möglichkeit eines dadurch verursachten Stillstandes eines Betriebs dazu, die Auffassung abzulehnen, der Arbeitgeber könne die nicht von seinem Direktionsrecht umfaßten Angelegenheiten des § 87 I nur einzelvertraglich mit den betroffenen Arbeitnehmern regeln.

Jede dieser Angelegenheiten muß aufgrund des Sachzusammenhangs vielmehr durch eine einzige Regelung zu ordnen sein. Solange in einem neuen Betrieb noch kein Betriebsrat besteht, muß der Arbeitgeber daher berechtigt sein, diese Angelegenheiten selbst zu regeln [1].

---

1) So auch NIKISCH III, S. 365

3) Grenzen der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers im Bereich des § 87

Dabei darf er natürlich - wie bei der Ausübung seines Direktionsrechts - die gesetzlichen, tarifvertraglichen und einzelvertraglichen Grenzen nicht überschreiten.

Unter den gesetzlichen Grenzen, die der Arbeitgeber in betriebsratslosen Betrieben bei der Regelung der Angelegenheiten des § 87 I - sei es aufgrund seines Direktionsrechts, sei es aufgrund des Sachzusammenhangs - zu beachten hat, sei § 315 BGB herausgehoben.

Soweit der Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer bestimmt, muß er sie gem. § 315 I BGB nach billigem Ermessen bestimmen [1]. Hält ein Arbeitnehmer eine Regelung für unbillig, kann er gem. § 315 III BGB beim Arbeitsgericht auf die Bestimmung einer billigen Regelung klagen [2].

Soweit der Arbeitgeber die anderen Angelegenheiten des § 87 I aufgrund des Sachzusammenhangs zu regeln berechtigt ist, ist § 315 I BGB direkt nicht anwendbar, da es sich dabei nicht um die Bestimmung einer Leistung handelt. Da dem Arbeitgeber das Recht zur Regelung dieser Angelegenheiten aber nur deshalb zuzuerkennen ist, weil diese Angelegenheiten

---

1) GALPERIN, DB 52, 186;
BIRK, S. 288

2) Der Streitfage, inwieweit das Gericht das Ermessen nachprüfen kann, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht nachgegangen werden. Vgl. einerseits NEUMANN-DUESBERG, JZ 52, 705 ff, andererseits BIRK, S. 288 f

ten durch Einzelverträge mit den betroffenen Arbeitnehmern nicht immer geregelt werden können, ist nicht ersichtlich, warum er bei der Regelung dieser Angelegenheiten freier sein sollte [1] als bei den Regelungen hinsichtlich der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber ist daher analog § 315 I BGB verpflichtet, auch die Regelungen der Angelegenheiten des § 87 I, die er nicht aufgrund seines Direktionsrechts trifft, nach billigem Ermessen vorzunehmen. Analog § 315 III BGB sind auch diese Regelungen durch das Arbeitsgericht nachprüfbar.

Über die gesetzlichen, tarifvertraglichen und einzelvertraglichen Grenzen hinaus wird der Arbeitgeber von seinem Recht, die Angelegenheiten des § 87 I in (noch) betriebsratslosen Betrieben allein zu regeln, auch aus praktischen Gründen nicht willkürlich Gebrauch machen. In diesem Zusammenhang sei hier nur daran erinnert, daß der später gewählte Betriebsrat schon unmittelbar nach seiner Konstituierung die Neuordnung dieser Angelegenheiten verlangen kann [2]. Das wird den Arbeitgeber schon vor der Konstituierung des Betriebsrats dazu veranlassen, die Bedürfnisse der Arbeitnehmer in diesen Angelegenheiten zu berücksichtigen. Denn je weniger er dies tut, umso eiliger haben es die Arbeitnehmer mit der Wahl eines Betriebsrats und umso eiliger hat es der neugewählte Betriebsrat, Änderungen in diesen Angelegenheiten zu fordern.

---

1) Z.B. indem er diese Angelegenheiten nach "freiem" Ermessen regeln dürfte.

2) Wohl unstreitig seit dem Beschluß des BAG vom 14.11.74 = BB 75, 420;
siehe auch FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 87 Anm. 3;
DIETZ-RICHARDI, § 87 Anm. 6 m.w.N.

U.a. deshalb beteiligen wohl große Kaufhausunternehmen in den neu eröffneten Kaufhäusern bis zur Konstituierung eigener Betriebsräte den Betriebsrat des nächstliegenden Kaufhauses desselben Unternehmens an der Regelung der Angelegenheiten des § 87.

II Alleinige Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers im Bereich der §§ 99 ff

Bei der Durchführung der in den §§ 99 ff geregelten personellen Einzelmaßnahmen ist der Arbeitgeber grundsätzlich frei, solange sich noch kein Betriebsrat konstituiert hat. Das diesbezügliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats lebt auch nicht etwa auf, wenn sich später ein Betriebsrat konstituiert hat. Darüber besteht - soweit ersichtlich - Einigkeit [1].

---

1) LAG Düsseldorf/Köln, Urt. v. 2.1.68, BB 68, 628;
LAG Kiel, Urt. v. 7.9.50, BB 50, 898;
NIPPERDEY in HUECK-NIPPERDEY, II, 2, S. 1414 Fußn. 7;
DIETZ-RICHARDI, § 99 Anm. 7;
FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 99 Anm. 3;
KRAFT in GK, § 99 Anm. 6;
KÖST, DB 54, Beilage 1

B Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Verlegung eines Arbeitnehmers von einem Betrieb in einen anderen Betrieb, wenn der Arbeitnehmer dabei keinen neuen Arbeitsvertrag eingeht

Oben [1] wurde festgestellt, daß ein Arbeitnehmer, der in einen Betrieb (den Verleiherbetrieb) eingestellt wurde, dessen Arbeitsvertrag zum Inhaber dieses Betriebs auch noch fortbesteht, der aber vorübergehend in einen Entleiherbetrieb eingegliedert ist, während seiner Eingliederung Belegschaftsangehöriger beider Betriebe ist. Nicht untersucht wurde dabei, in welcher Weise die Betriebsräte der beiden Betriebe an der Verlegung des Arbeitnehmers zu beteiligen sind. Dies soll jetzt geschehen.

I Beteiligung des Betriebsrats des Verleiherbetriebs

Zunächst ist zu prüfen, ob der Betriebsrat des Verleiherbetriebs beteiligt werden muß.

Das wäre gem. § 99 I der Fall, wenn es sich bei der Verlegung des Arbeitnehmers um eine Versetzung handeln würde. Der Begriff der Versetzung wird in § 95 III 1 definiert. Weder aus dem Wortlaut der Definition noch aus ihrer Entstehungsgeschichte [2] ergibt sich jedoch, ob eine Versetzung nur die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs innerhalb eines Betriebs oder auch - wie hier - die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs in einem anderen Betrieb ist.

Daß auch die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs in einem anderen Betrieb eine Versetzung

---

1) Vgl. oben erster Abschnitt, C I 4 b, c

2) Vgl. im einzelnen RUMPFF, BB 73, 707 (708)

ist und daß daher der Betriebsrat des Verleiherbetriebs zu beteiligen ist, könnte mit folgendem Argument zu bejahen sein: Wenn der Betriebsrat des Verleiherbetriebs schon der Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs innerhalb des Betriebs zuzustimmen hat, müßte er der Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches in einem anderen Betrieb, wodurch der Arbeitnehmer ja entscheidender betroffen wird als durch die bloße Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs innerhalb des Betriebs, erst recht zuzustimmen haben.

Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend. Das ist schon daran ersichtlich, daß der Betriebsrat bei der einverständlichen Beendigung des Arbeitsvertrags eines Arbeitnehmers, wodurch der Arbeitnehmer ja noch entscheidender betroffen wird als durch seine Verlegung in einen anderen Betrieb bei weiterbestehendem alten Arbeitsvertrag, nicht zu beteiligen ist. Bei der Beendigung eines Arbeitsvertrags ist der Betriebsrat nur dann zu beteiligen, wenn die Beendigung durch eine Kündigung seitens des Arbeitgebers erfolgt (§ 102).

Der Grund dafür, daß der Betriebsrat bei der innerbetrieblichen Versetzung immer, bei der Beendigung des Arbeitsvertrags jedoch nur zu beteiligen ist, wenn sie durch eine Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgt, liegt darin, daß der Betriebsrat im Rahmen des § 99 - anders als bei § 102 - nicht nur die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers wahrzunehmen hat. Er hat im Rahmen des § 99 vielmehr auch die Interessen der Gesamtbelegschaft wahrzunehmen, wie sie in § 99 II im einzelnen aufgeführt sind [1].

---

1) RUMPFF, BB 73, 707, (708)

Dadurch, daß dem Arbeitnehmer ein Arbeitsbereich in einem anderen Betrieb zugewiesen wird, können die Interessen der Gesamtbelegschaft des Verleiherbetriebs nur insofern betroffen werden, als diese sein Verbleiben im Verleiherbetrieb verlangen würden. Dieses Interesse der Belegschaft des Verleiherbetriebs wird in §§ 99 II aber nicht geschützt. Da durch die Verlegung des Arbeitnehmers in den Entleiherbetrieb also kein vom Gesetzgeber in § 99 II für schutzwürdig angesehenes Interesse der Belegschaft des Verleiherbetriebs berührt werden kann, besteht von daher kein Bedürfnis, die Verlegung als Versetzung anzusehen.

Prüft man, ob die Verlegung des Arbeitnehmers in den Entleiherbetrieb wegen des Schutzes des betroffenen Arbeitnehmers als Versetzung angesehen werden sollte, ist folgendes zu bedenken: Hat der Arbeitnehmer in seine Verlegung (ad hoc oder z.B. schon beim Abschluß seines Arbeitsvertrags) eingewilligt, bedarf er zum Schutze seiner Interessen nicht noch der Mitwirkung des Betriebsrats des Verleiherbetriebs. Das Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats des Verleiherbetriebs zur Ausgliederung des Arbeitnehmers aus der betrieblichen Organisation dieses Betriebs, die mit Einverständnis des Arbeitnehmers geschieht, würde daneben auch eine unzulässige Beschränkung des Arbeitnehmers in der Wahl seines Arbeitsplatzes und seiner Freizügigkeit bedeuten. Das widerspräche dem Sinn und dem Gebot des Art. 12 GG.

Hat der Arbeitnehmer in seine Verlegung nicht eingewilligt, kann der Arbeitgeber die Verlegung nur mittels einer Änderungskündigung durchsetzen. Eine Änderungskündigung eines Arbeitsvertrags ist

eine Änderung verbunden mit einem Angebot, den Arbeitsvertrag zu geänderten Bedingungen fortzusetzen [1]. Da eine Änderungskündigung zur Beendigung eines Arbeitsvertrags führt, wenn der Arbeitgeber sie nicht (unter Vorbehalt) [2] annimmt, handelt es sich um eine echte Kündigung [3]. Dabei muß der Betriebsrat gem. § 102 mitwirken. Für eine Mitwirkung des Betriebsrats des Verleiherbetriebs gem. § 99 II bleibt bei der Verlegung des Arbeitnehmers in den Entleiherbetrieb also auch dann kein Raum, wenn der Arbeitnehmer mit der Verlegung nicht einverstanden ist.

Somit erfordern es auch die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers nicht, die Verlegung des Arbeitnehmers in den Entleiherbetrieb als Versetzung im Sinne des § 95 III 1 anzusehen. Aus teleologischen Gründen ist von einer Versetzung vielmehr nur bei der Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs innerhalb desselben Betriebs zu sprechen [4,5,6].

---

1) RICHARDI, DB 74, 1285 ff;
vgl. auch § 2 KSchG

2) Vgl. § 2 KSchG

3) So die h.M.;
vgl. DIETZ-RICHARDI, § 102 Anm. 11 m.w.N.;
a.A.: FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 102 Anm. 2a

4) Im Ergebnis ebenso: RUMPFF, BB 73, 707;
FITTING-AUFFARTH-KAISER,
§ 99 Anm. 18

5) Deshalb kann, wenn beide Betriebe demselben Arbeitgeber gehören, auch nicht der Gesamtbetriebsrat zur Behandlung dieser Angelegenheiten zuständig sein. So aber: RICHARDI, DB 74, 1285 (1287, 1288);
NIKISCH III, S. 473

6) Die hier zur Beteiligung des Betriebsrats des Verleiherbetriebs bei der vorübergehenden Verlegung eines Arbeitnehmers in den Entleiherbetrieb gemachten Ausführungen gelten in gleicher

(Fortsetzung nächste Seite)

II Beteiligung des Betriebsrats des Entleiherbetriebs

Der Betriebsrat des Entleiherbetriebs müßte gem. § 99 der Verlegung des Arbeitnehmers in diesen Betrieb zustimmen, wenn sich die Verlegung aus seiner Sicht als "Einstellung" darstellen würde. Unter "Einstellung" ist sowohl die Begründung eines Arbeitsvertrags als auch die zeitlich damit zusammenfallende, vorhergehende oder auch nachfolgende tatsächliche Arbeitsaufnahme in einem bestimmten Betrieb zu verstehen [1].

Hier wird zwischen dem Arbeitnehmer und dem Inhaber des anderen Betriebs zwar kein Arbeitsvertrag geschlossen. Man ist sich jedoch darüber einig, daß eine Einstellung keinen rechtswirksamen Arbeitsvertrag erfordert, wie sich schon aus dem Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 II Nr. 1 ergibt [2]. Vielmehr genügt die Begründung eines faktischen Arbeitsverhältnisses. Dann muß aber das gleiche für den Fall gelten, daß ein Arbeitnehmer

---

(6) Weise, wenn der betroffene Arbeitnehmer zum Betriebsrat des Verleiherbetriebs gehört. Handelt es sich jedoch um eine nicht nur vorübergehende Verlegung und endet daher die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zur Belegschaft des Verleiherbetriebs, bedarf die Verlegung unter dem Gesichtspunkt des § 103 der Zustimmung des Betriebsrats des Verleiherbetriebs (vgl. das noch nicht rechtskräftige Urteil des LAG Hamm vom 1.4.77, BB 77, 696).

1) BAG, AP Nr. 2 zu § 99 = DB 74, 1580; DIETZ-RICHARDI, § 99 Anm. 10; FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 99 Anm. 7

2) BAG, Beschl. v. 14.5.74, DB 74, 1580 (1581); DIETZ-RICHARDI, § 99 Anm. 13 m.w.N.

- wie hier - einen Arbeitsvertrag mit einem Verleiherbetrieb hat, er jedoch vorübergehend in einen Entleiherbetrieb eingegliedert wird und dort nach den Weisungen des Inhabers dieses Betriebs tätig wird. Somit ist auch schon die bloße Eingliederung eines Arbeitnehmers eine Einstellung im Sinne des § 99 [1].

Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man auf den Zweck der Mitbestimmung des Betriebsrat bei Einstellungen abstellt.- Ebenso wie bei der Versetzung besteht die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einstellung nicht nur im Interesse des einzustellenden Arbeitnehmers, sondern insbesondere auch im Interesse der vorhandenen Belegschaft des Betriebs [2]. Das zeigen die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 II Nr. 2, 3 und 5 ganz deutlich. Diese Gründe können schon durch die bloße Eingliederung eines Arbeitnehmers ohne Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem Inhaber des Betriebs relevant werden. Auch wegen des Zwecks der Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einstellungen muß daher schon die bloße Eingliederung eines Arbeitnehmers eine Einstellung im Sinne des § 99 sein.

Der Betriebsrat des Entleiherbetriebs muß also der Verlegung des Arbeitnehmers als Einstellung zustimmen [3].

---

1) Ebenso BAG, Beschl. v. 14.5.74, DB 74, 1580 mit zustimmender Anmerkung von KRAFT; ebenso: FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 99 Anm. 7. Wohl a.A.: DIETZ-RICHARDI, § 99 Anm. 9 - 15

2) BAG, a.a.O.; KRAFT, a.a.O.; DIETZ-RICHARDI, § 99 Anm. 10; MAURER, BB 74, 512 (513)

3) Vgl. END, S. 106 ff

III Beteiligung des Betriebsrats des Verleiherbetriebs bei der Rückverlegung des Arbeitnehmers in den Verleiherbetrieb

Die Rückverlegung des Arbeitnehmers in den Verleiherbetrieb ist allerdings keine Einstellung in diesen Betrieb im Sinne des § 99 [1]. Das folgt schon aus folgender Überlegung: Nach wohl unbestrittener Meinung [2] handelt es sich nicht um eine Einstellung, wenn der Arbeitnehmer, der einen r u h e n d e n Arbeitsvertrag wieder aufnimmt, in den Betrieb wieder eingegliedert wird, wie das z.B. nach der Ableistung des Wehrdienstes der Fall sein kann. Dann kann man erst recht nicht von einer Einstellung sprechen, wenn ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag mit dem Inhaber des Betriebs f o r t b e s t a n d e n hat, wieder in den Betrieb eingegliedert wird.

---

1) So ausdrücklich, aber ohne Begründung: FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 99 Anm. 2

2) Vgl. FITTING-AUFFARTH-KAISER, § 99 Anm. 7; AUFFARTH, AR-Blattei, BetrV XIV c III 1a; ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN, § 99 Anm. 9; KRAFT in GK, § 99 Anm. 11